Die Verkehrsgeltung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
JÜRGEN BAUR
aus
Tübingen

1963

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

7670

Die Verkehrsgeltung

Inaugural-Dissertation
zur
Erlangung der Doktorwürde
einer
Hohen Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
(Rechtswissenschaftliche Abteilung)
der
Eberhard-Karls-Universität
zu Tübingen

vorgelegt von
JÜRGEN BAUR
aus
Tübingen

1963

Fotodruck PRÄZIS · Tübingen

MPIG
BIBLIOTHEK
TRIER

Dekan : Prof. Dr. Horst Schröder
1. Berichterstatter : Prof. Dr. Ludwig Raiser
2. Berichterstatter : Prof. Dr. Dr. Erich Fechner

Tag der mündlichen Prüfung: 2.7.1963

INHALT

Seite

1. Kapitel

§ 1: EINLEITUNG 1

§ 2: DIE WIRTSCHAFTLICHE BEDEUTUNG DER VG 2

I Die Funktion der Marke im Wirtschaftsleben VG als Schutz ihrer Werbekraft 2

II Die Marke: kein juristischer Begriff! 5

2. Kapitel: Der Wirkungsbereich der VG im Recht 6

§ 1: DER BEGRIFF DER VG 6

I Wer sind "beteiligte Kreise"? 6

II Der erforderliche Umfang der beteiligten Kreise 8

§ 2: DIE WIRKUNG DER VG BEIM ENTSTEHEN VON KENNZEICHENRECHTEN 9

A VG bei den Warenbezeichnungen 9

I VG als Voraussetzung für den Schutz der Ausstattung 9

1. Der Begriff der Ausstattung
2. Die VG bei der Ausstattung
   a) Ihr Bezugspunkt
   b) Ihre Wirkung
      aa) Relative Begrenzung ihrer Wirkung bei Gattungsbezeichnungen
      bb) Absolute Begrenzung ihrer Wirkung bei technisch- und ästhetisch-funktionellen Elementen

II Die Wirkung der VG auf die Eintragbarkeit von an sich eintragungsunfähigen Bezeichnungen 14

III Schutz der VG von notorischen Zeichen durch Eintragungshindernis 15

B Der Schutz der Unternehmenskennzeichen und der Einfluß der VG 16

Seite

I Die Firma 16
1. Die Firma - ein Unternehmenskennzeichen 16
2. Die Form der Firma 16
3. Gesetzliche Grundlagen des Firmenschutzes 17
4. Beginn des Firmenschutzes bei unterscheidungskräftigen Firmen 17
5. VG begründet den Schutz nicht unterscheidungskräftiger Firmen 17

II Das Schlagwort 18
1. Die wirtschaftliche Funktion des Schlagworts 18
2. Der Schutz des Schlagworts und der Einfluß der VG 19
3. Bezugspunkt und Grad der VG bei Schlagworten 23

III Der Schutz der Geschäftsabzeichen durch VG 24
1. Ihre wirtschaftliche Funktion 24
2. Abgrenzung von anderen Kennzeichnungsmitteln, ... 25

C Die Wirkung der VG beim Titelschutz 25

§ 3: DER SCHUTZBEREICH DER GEWERBLICHEN KENNZEICHEN - BEGRIFFSKLÄRUNG, FUNKTION, ARTEN 26

§ 4: SACHLICHER SCHUTZBEREICH UND EINFLUSS DER VG 28

I Die Funktion des sachlichen Schutzbereichs 28

A Sachlicher Schutzbereich bei den Warenbezeichnungen 28

I Bestimmung seiner "untersten" und "obersten" Grenze nach dem WZG durch Warengleichartigkeit und Zeichenverwechslungsgefahr 28

II Die Warengleichartigkeit 29
1. Begriff 29
2. Einfluß der VG 30

III Die Verwechslungsgefahr bei den Warenbezeichnungen 31

Seite

1. Wesen, Arten der Verwechslungsgefahr und ihr Verhältnis zur VG 31
2. Die Verwechslungsgefahr beim eingetragenen Warenzeichen und ihr Verhältnis zur VG 37
3. Verwechslungsgefahr bei der Ausstattung 43

B Der sachliche Schutzbereich der Unternehmenskennzeichen 43

I Begriff und Funktion der Verwechslungsgefahr bei den Unternehmensbezeichnungen 43

II Die Bestimmung des Schutzbereichs im einzelnen 44
1. Vor Erlangung der VG 44
2. Nach Erlangung der VG 46

C Abschließende Stellungnahme 47

§ 5: SCHUTZBEREICHSERWEITERUNG DURCH VG UNTER DURCHBRECHUNG GESETZLICHER SCHRANKEN 48

I Überwindung der Gleichartigkeitsschranke des WGZ 48

II Überwindung der Schranken des WZG und des UWG durch die berühmte Marke 51
1. Unzulänglichkeit des gesetzlichen Schutzbereichs 51
2. "Vorgeschobene" gesetzliche Schutzgrundlage 53
3. Voraussetzungen für den erweiterten Schutz 54
a) Die Berühmtheit 54
b) Die Verwässerungsgefahr 57

§ 6: DER RÄUMLICHE SCHUTZBEREICH UND DER EINFLUSS DER VG 58

I Bei den Unternehmenskennzeichen 58

II Bei der Ausstattung 59

III Beim Warenzeichen 59

§ 7: VERMINDERUNG UND VERLUST DES KENNZEICHENSCHUTZES DURCH VERRRINGERUNG BEZW. VERLUST DER VG 60

			Seite
	I	Die Zeichenschwächung	60
	II	Der Verlust des Zeichenrechts	63
§ 8:		DIE SCHUTZERHALTENDE WIRKUNG DER VG	67
§ 9:		WANN MUSS VG VORLIEGEN? MASSGEBLICHKEIT DES PRIORITÄTSPRINZIPS	68
§ 10:		DURCHBRECHUNG DES PRIORITÄTSGRUNDSATZES	70
	I	Durch Ausstattungsanwartschaft und Vorbenutzungsrecht	70
	II	Durch Verwirkung (wertvollen Besitzstand)	72
3. Kapitel:		Das Wesen der VG	75
§ 1:		IST VG EINES ZEICHENS EIN HILFSMITTEL ZUR INTERESSENBEWERTUNG DURCH DEN RICHTER ODER EIN GEWOHNHEITSRECHTLICHER, SCHRANKENLOSER ZEICHENRECHTSENTSTEHUNGSGRUND?	75
§ 2:		KEINE WIRKUNG DER VG BEI TECHNISCH-FUNKTIONELLEN ELEMENTEN!	79
	I	Ausstattungsschutz sprengt System des gewerblichen Rechtsschutzes	79
	II	Begrenzungsversuche und ihr Scheitern	82
§ 3:		DURCHSETZUNG DER VG CONTRA LEGEM - HISTORISCHER ABRISS	93
	I	Rechtslage vor dem Markenschutzgesetz	93
	II	Negierung der VG im Markenschutzgesetz und durch die Rechtsprechung	94
	III	Verhaltensschutz durch das Warenbezeichnungsgesetz. Unzulänglichkeit der gesetzlichen Regelung. Marke mit VG wird negatorisch geschützt und schließlich subjektives Recht	97
	IV	Zusammenfassende Würdigung	103

			Seite
§ 4:		VORBETRACHTUNG ZUR PROBLEMLÖSUNG	105
§ 5:		DER BEGRIFF DES GEWOHNHEITSRECHTS UND DIE VG	108
	I	Klärung des Begriffs "Gewohnheitsrecht"	108
		1. Die Rechtsquelle Gewohnheitsrecht	108
		2. Der Gewohnheitsrechtssatz	109
	II	Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts	109
		1. Ein abstrakter Satz	109
		2. Übung der Gemeinschaft	109
		3. Rechtsüberzeugung	109
	III	Das Gewohnheitsrecht und seine Voraussetzungen in der Geschichte	110
		1. In der Aufklärung	110
		2. Das Gewohnheitsrecht der historischen Rechtsschule	112
		3. Der Gewohnheitsrechtsbegriff der Pandektenrechtslehre	115
		4. Einordnungsversuche historisch überkommener Gewohnheitsrechtsbildungen	119
	IV	Die Geltung des Gewohnheitsrechts.	121
A		Das Problem der Rechtsgeltung	122
		1. Der Rechtszwang	122
		2. Recht und Gerichte. Recht ist nur, was die Gerichte bindet	123
B		Bindung des Richters an Gewohnheitsrecht?	126
		1. Klarstellung	126
		2. Keine Bindung durch Verfassung und Gesetz	126
		3. Das Scheitern soziologischer oder psychologischer Theorien	128
		4. Versuch einer eigenen Lösung	129
		a) Der Grund der Rechtsgeltung	
		b) Das Wesen des Rechtsbewußtseins und der Rechtsüberzeugung	
		c) Versöhnung zwischen Rechtsordnung und Rechtsbewußtsein ist erforderlich	
		d) Integration durch das Richtergewissen - Kontrolle des Richters durch gefestigte Normbildungsmethoden	

Seite

e) Integration durch Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft - Kontrolle des Richters durch den Gewohnheitsrechtsbegriff

5. a) Abwertung der Integration durch Rechtsüberzeugung 140

b) Gründe dieser Abwertung - Kritik richtet sich gegen herkömmlichen Gewohnheitsrechtsbegriff

c) Ist Gewohnheitsrechtsbildung auf herkömmlichen Gewohnheitsrechtsbegriff beschränkt?

6. Vollzieht sich auch bei VG Gewohnheitsrechtsbildung? 144

a) Strukturvergleich; konkrete VG ist Rechtsüberzeugung

b) VG ist funktionell Gewohnheitsrecht

c) Erweiterung des Gewohnheitsrechtsbegriffs

Literatur 150

1. Kapitel

§ 1: Einleitung

Im geltenden Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht spielt der Begriff der Verkehrsgeltung (VG) eine mannigfache und bedeutende Rolle. Weithin bestimmt sich Entstehen, Umfang und Ende des Rechtsschutzes für ein Zeichen nach seiner VG.

Der Begriff selbst ist im Gesetz nicht genannt; § 25 WZG und § 16 III,1 UWG sprechen von "Geltung als Kennzeichen innerhalb beteiligter Kreise", § 4 II Zif.5 WZG von "allgemeiner Kenntnis innerhalb der beteiligten inländischen Verkehrskreise", § 4 III WZG von einer "Durchsetzung im Verkehr". Die Nuancierung der Formulierungen kann hier zunächst unbeachtet bleiben; sicher ist, daß der Gesetzgeber damit einheitlich einen bestimmten Sachverhalt, nämlich - grob gezeichnet - den Umfang der Bekanntheit eines Zeichens kennzeichnen will. Über diese gesetzlichen Tatbestände hinaus hat die Rechtsprechung die VG in vieler Hinsicht für entscheidend erachtet; so u.a. bei den nicht unterscheidungskräftigen Unternehmenskennzeichen, wo die VG einen Zeichenschutz erst begründet, bei den sogenannnten berühmten Marken (hier erweitert eine überragende VG den Schutzbereich). Schließlich bestimmt sich der Schutzbereich der Zeichen in weitem Umfang nach dem Grad der VG. Vereinfacht ausgedrückt kann man sagen, daß die VG nach dem heutigen Stand von Gesetzgebung und Rechtsprechung für den Zeichenschutz ausschlaggebend ist. So ist es auch kein Wunder, daß der Begriff der VG das Interesse der Literatur seit langem gefunden hat [1]. Dennoch ist man weit davon entfernt, eine Begriffsklarheit erreicht zu

---

1) Ulmer, Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung, 1929.
Furler, Besitz, Verkehrsgeltung und Verwirkung im Wettbewerbsrecht, 1931.
von der Osten, Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß, 1960.
Elsaesser, Der Rechtsschutz berühmter Marken, 1959.
Titze, Besitzstand und Verwirkung im Warenzeichenrecht, Diss. Frankfurt a.M. 1934.
Ganzel, Die Verkehrsgeltung im Wettbewerbsrecht, Diss. Bonn 1936.
Bischoff, Der Arbeitserfolg im Wettbewerbsrecht, Diss. Berlin 1940.
Brühl, Der Warenzeichenschutz kraft Verkehrsgeltung, Diss. Köln 1940.
Lang, Der Schutz notorisch bekannter Marken im deutschen und internationalen Warenzeichenrecht. Diss. Mainz 1953.

haben, was nicht zuletzt darauf zurückzuführen ist, daß sich die bisherigen Untersuchungen meist darauf beschränkt haben, empirische Tatbestände aufzusuchen und klarzustellen [1]. Von dem Versuch einer dogmatisch-systematischen Einordnung der VG in die Begriffswelt unseres Rechts hat man bisher meist Abstand genommen. Ein solcher Versuch soll in der folgenden Arbeit unternommen werden.

Zunächst soll die wirtschaftliche Bedeutung der VG kurz dargestellt werden (§ 2). Im nächsten Kapitel (Kap. 2) wird - rein beschreibend - ein Überblick über die Gestalt und die Bedeutung der VG gegeben werden, so wie sie namentlich von der Rechtsprechung herausgearbeitet worden ist. Um die VG dogmatisch einordnen zu können, wird es notwendig sein, einen geschichtlichen Abriß über die Entwicklung dieses Begriffs in der Rechtsprechung und in der Gesetzgebung zu geben (Kap. 2 §§ 2, 3).

Der letzte Teil der Arbeit soll dann den Versuch enthalten, die VG mit verwandten Erscheinungen unseres Rechtslebens in Beziehung zu setzen; als solche bietet sich namentlich das Gewohnheitsrecht an. Dessen Geltungsgrund und Umfang ist daher insoweit zu untersuchen, als dies zur Herstellung einer Verbindung zur VG notwendig ist.

§ 2: Die wirtschaftliche Bedeutung der VG

I. Wenn in einer Verkehrswirtschaft die Arbeitsteilung so weit fortgeschritten ist, daß der Vertrieb der produzierten Waren spezialisiert und den Händlern überlassen ist, muß der Produzent von einer "persönlich-gegenständlichen" Werbung für seine Erzeugnisse absehen. Zwischen ihm und den Verbrauchern bestehen keine unmittelbaren persönlichen Beziehungen mehr, vermöge deren er dem Verbraucher einen sinnlich faßbaren Eindruck von seiner Ware vermitteln und ihn so zum Kauf bewegen könnte [2]. Mit Hilfe unkörperlicher Medien, Waren- oder

---

Fettweis, Der örtlich beschränkte Besitzstand an einer Ausstattung. Diss. Freiburg 1940.

1) In diesem Zusammenhang ist besonders auf die Arbeit von von der Osten, Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht, hinzuweisen.

2) Vgl. dazu Leitherr MA 1955, 539 ff.

Leistungssymbolen, muß er deshalb versuchen, auf psychologischer Grundlage möglichst den gleichen Effekt zu erreichen, wie durch eine sinnlich-gegenständliche Werbung. Dazu wird in erster Linie die aus einem Wort, Lautgebilde oder Bild bestehende Marke [1] verwandt. In den Vorstellungen der Verbraucher soll sie an die Stelle der Ware treten, d.h. schon ihre Erwähnung in der Werbung etwa durch Rundfunk und Presse soll auf den Verbraucher eine ähnliche Wirkung haben wie das Betasten, Befühlen, Schmecken der Ware. Sie soll also ein Surrogat für den verlorengegangenen sinnlich-gegenständlichen Eindruck von der Ware bieten.

Da diese "Repräsentationswirkung" weitgehend psychologisch begründet ist, hat sich ein besonderer Zweig der Psychologie, "die "Markenpsychologie", der Marke angenommen und erforscht, welche Anforderungen an die Gestalt und "Begriffsqualität" einer Marke zu stellen sind, die diese Repräsentationswirkung in optimaler Weise erfüllen soll.

Sie sollen im folgenden kurz skizziert werden, wobei die Untersuchungen Leitherr's [2], Hartmann's [3] und Henzler's [4] zugrunde gelegt werden. Auf diese Weise wird sich am besten die Bedeutung der VG im Wirtschaftsleben zeigen.

Die Marke hat im Wirtschaftsverkehr im wesentlichen zwei Funktionen: einmal soll sie den Verbraucher anregen, es doch einmal mit dieser Ware zu versuchen. Man könnte dies "Anreizfunktion" nennen. Zum zweiten soll sie den Verbraucher daran erinnern, daß er diese Marke kennt, daß er mit der gekennzeichneten Ware schon einmal gute Erfahrungen gemacht hat ("Aufspeicherungsfunktion").

1. Die "Anreizfunktion": Der Begriff bzw. die Abbildung muß zum Kauf reizen [5]. Da sich ein großer Teil der Verbraucher beim Kauf weitgehend auch von irrationalen Erwägungen leiten läßt, handelt es sich hier um die psychologisch [6] zu beantwortende Frage, welcher Begriff angenehme Assoziationen beim Käufer herbeizuführen imstande ist.

a) Bei künstlichen Wortgebilden ist dies dann der Fall, wenn der Wortklang des "Begriffs" den Verbraucher an Eigenschaften der Ware erinnert, die aus positiven Verbrauchererfahrungen mit Waren derselben Warengattung her-

---

1) Die in Deutschland weniger gebräuchliche Handelsmarke soll hier außer Betracht bleiben.

2) MA 1955, 539 ff.

3) MA 1957, 705 ff.

4) MA 1953, 506 ff., vgl. aber auch Becher MA 1951, 88 ff., Bußmann GRUR 1929, 1231 ff.

5) Becher MA 1951, 90.

6) Leitherr MA 1955, 550.

rühren oder die im Zusammenhang mit "Umgangsqualitäten"[1] der Ware stehen[2], d.h. mit dem, was man mit der Ware tut: kurz dann, wenn Ding und Begriff in ihrem gefühlsmäßigen Eindruck übereinstimmen.

b) Begriffe, die einen Sinn haben, müssen in ihrem Sinngehalt an eine konkrete, kaufenswerte Eigenschaft der Ware anknüpfen[3] (vorbildlich etwa "Gewol" als Mittel gegen Fußbeschwerden). Liegt diese "Stimmigkeit"[4] vor, so wird die Relation: Begriff - Ware - gute Ware[5] schon durch eine relativ kurze Werbung hergestellt.

Weiter muß die Marke einprägsam[6] im Sinne von eingängig sein. Der Verbraucher darf nicht überfordert werden. Ferner muß sie einen derart ausgeprägten "Eigencharakter" haben, daß sie sich von den auf dem betreffenden Markt gebräuchlichen Marken unterscheidet.

Fehlen diese Voraussetzungen, so muß eine intensive Werbung dafür sorgen, daß der Verbraucher die Marke im Gedächnis behält und die Relation Marke - Ware herstellt[7].

2. Die "Aufspeicherungsfunktion": Kennt ein Teil der Verbraucher die Marke, genauer die Relation Marke - Ware, so übt schon die Marke als solche einen Werbeeffekt aus[8]. Sie dient quasi zur Aufspeicherung guter Erfahrungen des Verbrauchers mit der Ware[9]. Dazu kommt noch die von einer geschickten Reklame geschaffene "Erinnerung". Elsaesser drückt dies folgendermaßen aus: "Die Marke trägt in sich einen Magnetismus, der auf Gewohnheit, Zufriedenheit, Suggestion und anderem beruht[10]." Diese Werbekraft wirkt sich in dem Augenblick aus, wo sich der Verbraucher am wenigsten der Werbung entziehen kann, nämlich beim Einkauf[11]. Sie macht die bekannte und beliebte Marke für den Unternehmer so wertvoll, indem sie die unternehmerische Leistung als verkörperten "good will" des Unternehmers bei den Verbrauchern repräsen-

---

1) Zitat aus Hartmann MA 1957, 706. 2) Hartmann MA 1957, 706.
3) Hartmann MA 1957, 708; vgl. auch Bußmann-Droste S. 69/70; Bußmann GRUR 1929, 1233.
4) Zitat aus Hartmann MA 1957, 706. 5) Vgl. auch Elsaesser S. 91.
6) zum folgenden: Hartmann MA 1957, 706 ff. u. Becher MA 1951, 91.
7) Hartmann MA 1957, 708.
8) Dazu Dietze GRUR 1949, 321 ff. insbesondere 323; vgl. auch Henzler MA 1953, 506.
9) Elsaesser, S. 87.
10) Zitat aus S. 112; s.a. Bußmann GRUR 1929, 1234; Ghiron GRUR 1928, 239.
11) Kastl GRUR 1927, 559.

tiert[1].
Sie gilt es zu schützen. Im deutschen Recht geschieht dies durch den Begriff der VG. Dabei darf aber nicht verkannt werden, daß die Werbekraft einer Marke n nicht allein auf ihrer Bekanntheit beruht, sondern daß eine positive "angenehme Erinnerung" der Verbraucher hinzukommen muß. Das Gesetz ist jedoch von der Erfahrung ausgegangen, daß Bekanntheit und Wertschätzung in aller Regel miteinander verbunden sind. In welchem Umfang diese VG einen Markenschutz begründet, soll im nächsten Kapitel erörtert werden.

II. "Aufgliederung" der Marke in verschiedene Kennzeichnungsarten

Die Marke in dem bisher verwendeten Sinne hat als wirtschaftlich-psychologischer Begriff nur in Ausnahmefällen (etwa § 16 II GWB) Eingang in das Gesetz gefunden. Ihr gesetzlicher Schutz ist verschieden ausgestaltet, je nachdem, ob sie nur die Waren eines Unternehmens oder auch darüberhinaus das Unternehmen selbst kennzeichnet[2].

1. Die Marke wird als Name des Unternehmens nach §§ 12 BGB, 16 I UWG geschützt, wenn sie (auch) zur Bezeichnung des Unternehmens verwendet wird. Daß sie in ihrer wirtschaftlichen Bedeutung primär der Bezeichnung der Unternehmensleistung, der Waren dient, ändert an dem gesetzlichen Schutz nichts.

2. Die Marke ist Warenbezeichnung, wenn sie ausschließlich zur Bezeichnung der Waren oder einer Warengattung benutzt wird. Sie kann dann als Warenzeichen oder als Ausstattung nach dem Warenzeichengesetz geschützt werden.

Diese gesetzliche Differenzierung, die nicht durch reale Unterschiede gerechtfertigt ist, führt häufig zu nicht interessengerechten Lösungen[3]. So hängt es, wie

---

1) Henzler MA 1953, 509 f.; Lisowski MA 1951, 211; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.519.
2) In wirtschaftlich psychologischer Hinsicht besteht zwischen den einzelnen Kennzeichenarten kein Unterschied. Vgl. Bußmann, Name S.17.
3) Vgl. dazu Bischoff Diss. S.53, der dem Gesetzgeber zum Vorwurf macht, daß er den Schutzgrund der gewerblichen Kennzeichen nicht erkannt habe. Nicht der Name als Persönlichkeitswert, sondern die Leistung des Unternehmers soll geschützt werden. Infolgedessen besteht zwischen Unternehmen- und Warenkennzeichen kein funktioneller Unterschied. Vgl. auch Anmerkung 2.

unten noch eingehender[1] zu zeigen sein wird, in großem Umfang von Zufälligkeiten ab, ob der viel weitergehende und an geringere Voraussetzungen gebundene Schutz der Unternehmenskennzeichen für eine Marke eingreift oder ob die Marke nur innerhalb der engeren Voraussetzungen und Grenzen des Warenzeichengesetzes geschützt wird.

2. Kapitel: Der Wirkungsbereich der VG

§ 1: Der Begriff der VG

Die für das ganze Wettbewerbsrecht einheitlich geltende Begriffsbestimmung der Verkehrsgeltung findet sich in § 25 WZG[2]. Danach ist VG eine qualifizierte Form der Bekanntheit einer Bezeichnung "innerhalb beteiligter Verkehrskreise", nämlich die Geltung als Waren- oder Unternehmensbezeichnung eines bestimmten Unternehmers.
Einer näheren Erörterung bedarf hier nur die Frage nach Herkunft und "notwendigem" Umfang der beteiligten Verkehrskreise.

I. Wer sind "beteiligte Verkehrskreise"?

Der Wortlaut des § 25 WZG weist an sich auf eine im Bereich der Volkswirtschaft liegende Deutung hin. Danach wären die Marktpartner, also Lieferanten,

---

1) s.u. S. 19/20.

2) Unstr. vgl. RGZ 144,41 (48) Hosenträgerband; von der Osten S.13; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.30.

Abnehmer und Konkurrenten "beteiligt"[1]. Nach überwiegend herrschender Ansicht[2] sind jedoch Zulieferer und Konkurrenten nicht "beteiligt", da durch die Rechtserheblichkeit der VG die Werbekraft eines Zeichens geschützt werden soll und diese allein in der Wirkung auf die Abnehmer "relevant" ist[3]. Infolgedessen kann es auf die Kenntnis der Lieferanten und Konkurrenten nicht ankommen.

Als "beteiligte Kreise" bezeichnet die herrschende Lehre[4] schematisch formelhaft die Abnehmer, also Händler und Verbraucher. Bedenkt man jedoch, daß die VG die Werbekraft eines Zeichens schützen soll, so kann man einer solch schematischen Festlegung der beteiligten Kreise nicht zustimmen. Aus dem Zweck der VG folgt, daß nur diejenigen Bevölkerungsschichten "beteiligt" sein können, an die sich die Werbung für die bezeichnete Ware richtet[5]. Dies führt zu folgenden Ergebnissen:

1. beim Vertrieb von Fertigwaren, die ja in diesem Zusammenhang in aller Regel Markenartikel sind, kommt es allein auf die Kenntnis des Verbrauchers[6] an, denn die Markenartikelwerbung richtet sich herkömmlicherweise an den Verbraucher[7] [8]. Dieser Ansicht nähern sich auch Entscheidungen des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, die entweder allein (RGZ 106, 250 (254/255)) oder doch hauptsächlich (BGHZ 21, 66 (75)) auf die Auffassung der Verbraucher abstellen[9].

---

1) So Furler, Besitz S. 16.
2) Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 31; Reimer S. 406; Godin-Hoth UWG § 16 Anm. 10 i; Tetzner WZG § 25 Anm. 29; RG in st. Rspr. etwa RGZ 155, 108 (126) Kennfäden; ebenso BGH in st. Rspr. etwa BGHZ 30, 357 (368 f.) Nährbier.
3) von der Osten S. 14; Brühl, Diss. S. 25.
4) Reimer S. 406; Godin-Hoth UWG § 16 Anm. 10 i; Schramm, Grundlagen S. 28.
5) Ähnlich BGH LM § 31 WZG Nr. 31 Sunpearl II; RGZ 106, 250 (255) Fritz Reutter; RGZ 167, 171 (176) Alpenmilch.
6) Ebenso allerdings ohne Begründung Busse WZG § 25 Anm. 7.
7) Vgl. Neumann, MA 1957, 274 ff.
8) Dies schließt jedoch nicht aus, daß die Kenntnis der Händler für das Vorliegen der VG beweiserheblich sein kann. Sie gibt einen indiziellen Hinweis auf die Kenntnis der Verbraucher, da ja der Händler die vielverlangte Marke kennt. Vgl. auch von der Osten S. 14.
9) Nach BGH LM § 31 WZG Nr. 3 Bl. 1 Rücks. Goldzack kommt es bei der Beurteilung der Verwechslungsgefahr allein auf die Auffassung der Letztabnehmer an. Da jedoch, wie noch unten darzulegen sein wird, zwischen VG und Ver-

Die "Zielrichtung" der Werbung bestimmt dann auch, welche Bevölkerungsschichten als Verbraucher in Frage kommen, also beteiligte Kreise sind [1]. Daß dies je nach Art der Ware verschieden ist, bedarf keiner weiteren Ausführung. Bei Luxusartikeln etwa ist deshalb der Beteiligtenkreis naturgemäß kleiner als bei Gegenständen des täglichen Bedarfs [2].

2. Bei Halbfertigfabrikaten ist die Auffassung der in Betracht kommenden Verarbeiter maßgeblich [3]. Ob dann daneben noch die Letztabnehmer "beteiligt" sind, hängt davon ab, ob deren Kaufentschluß üblicherweise durch die Herkunft der Halbfertigfabrikate beeinflußt wird [4].

II. Der Umfang der beteiligten Kreise

Mit der Feststellung, welche Bevölkerungsschichten beteiligte Kreise sind, ist noch nichts darüber ausgesagt, welcher Prozentsatz der beteiligten Kreise das Zeichen kennen muß, also welchen Grad die VG erreichen muß, um rechtserheblich zu werden. Aus der Formulierung des § 25 des WZG "innerhalb beteiligter Kreise" läßt sich positiv entnehmen, daß das Zeichen nicht jeder Person aus den beteiligten Bevölkerungsschichten bekannt sein muß [5]. Die Rechtsprechung hält es für ausreichend, daß ein "nicht unerheblicher Teil" der beteiligten Kreise das Zeichen kennt [6]. Mit dieser Formel hat sie sich zwar ein Mittel geschaffen, um wertend feststellen zu können, welcher Grad an VG (rechts)erheblich ist, wenn gewichtige Interessen der Monopolisierung eines "Zeichen-

---

wechslungsgefahr eine enge Wechselbeziehung besteht (dazu Köhler, Verwechslungsgefahr S.138), muß der Beteiligtenkreis in beiden Fällen gleich sein.

1) Ähnlich BGH LM § 31 WZG Nr.31 Sunpearl II: "Die beteiligten Kreise ergeben sich aus der Zweckbestimmung und der Absatzmöglichkeit für die einzelne Ware."

2) RGZ 167,171 (176) Alpenmilch; RGZ 144,41 (48) Hosenträgerband; Tetzner WZG § 25 Anm.19; Busse WZG § 25 Anm.7.

3) BGHZ 21,266 (268) Uhrenkaliber. 4) Köhler, Verwechslungsgefahr S.63.

5) So der Kommissionsbericht zum Entwurf eines Warenbezeichnungsgesetzes von 1894 S.7 zit. bei Hagens, Warenbezeichnungsgesetz § 15 Anm.1; ebenso Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.30; Reimer S.405; RGZ 167,171 (176) Alpenmilch.

6) RGZ 167,171 (176); BGHZ 21,182 (194) Funkberater; BGHZ 30,357 (370) H.Nährbier; BGHZ 34,299 (305) Almglocke.

gegenstandes" durch VG zu Gunsten eines Unternehmens entgegenstehen [1].

Diese Formel läßt uns jedoch in allen den Fällen im Stich, wo ein solches Interesse an der Gemeinfreiheit, ein Freihaltebedürfnis, nicht festzustellen ist [2]. Gesichtspunkte, nach denen diese "unterste Grenze" der VG bestimmt werden kann, lassen sich wohl nur durch eine Untersuchung des Wesens der VG aufzeigen. Ein solcher Versuch soll, wie schon erwähnt, in Kapitel 3 gemacht werden.

Wir können demnach als vorläufiges Ergebnis festhalten: Ein Zeichen hat VG, wenn es in einem genügend großen Personenkreis, an den sich die Werbung richtet, als Marke bekannt ist. Ausschlaggebend ist dabei allein der Effekt; es kommt weder auf die Dauer des Zeichengebrauches an noch auf die Art und Weise, wie die VG erlangt wurde [3].

§ 2: VG als Voraussetzung für den Schutz eines Kennzeichens

A Bei den Warenbezeichnungen

Unter Warenbezeichnungen werden solche Kennzeichen verstanden, die die Waren eines Unternehmens von den Waren gleicher Gattung aus anderen Unternehmen unterscheiden sollen [4]. Das Gesetz kennt hier das durch den Akt der Eintragung in die Warenzeichenrolle geschützte Warenzeichen und die auf VG beruhende Ausstattung.

I. Die Ausstattung

Eine Ausstattung wird nach § 25 WZG geschützt, wenn sie VG hat.

---

1) Vgl. dazu vor allem BGHZ 30, 357 (371 f.); BGHZ 34, 299 (305 ff.); s.a. BGH GRUR 1959, 599; Fikentscher, Wettbewerb S. 133 ff.; Ulmer, WZ und unlWB S. 10 ff.; und unten Kapitel 3 § 1.

2) Bezeichnend für die allgemeine "Aporie" etwa die Kommentierung bei Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 30.

3) Reimer, S. 417; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 33; Tetzner WZG § 25 Anm. 23; RGZ 77, 431 (432).

4) Hefermehl, Hueck-Festschrift S. 525.

1. Der Begriff der Ausstattung

Einen Anhaltspunkt für die Bestimmung dieses Begriffs gibt die Begründung des Entwurfs zum Warenbezeichnungsgesetz von 1894 [1], dem Vorläufer des heute geltenden Warenzeichengesetzes von 1936; danach ist die Ausstattung ein charakterisierendes Merkmal, das mit der Ware oder ihrer Verpackung in Beziehung gebracht wird, aber auch in der eigentümlichen Formung der Ware selbst oder ihrer Verpackung bestehen kann. Ausstattung ist demnach die eigenartige Aufmachung oder Form der Ware oder ihrer Verpackung [2].

Die den Schutz der Ausstattung begründende VG gibt aber auch solchen Merkmalen, die zunächst mangels irgendwelcher Eigenart gar nicht fähig waren, als Warenkennzeichen zu fungieren, unterscheidende Wirkung und damit Eigenart [3]. Folgerichtig stellt man deshalb allein auf die Tatsache ab, ob "etwas" VG hat oder nicht [4]. Somit ist Ausstattung alles das, was der Verkehr als Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb ansieht, sofern es nur in einem gewissen räumlichen Konnex zu der Ware oder ihren Vertriebsmitteln steht [5].

Bei der Ausstattung haben wir es demnach mit einem "sachlich-gegenständlich" [6] nicht beschränkten Kennzeichnungsmittel zu tun. Man könnte sagen: Was Ausstattung ist, bestimmt die VG oder mit Reimer: "Ausstattung bedeutet Verkehrsgeltung [7]." Ausstattung kann deshalb ein Wort, ein Bild, ein Buchstabe, aber auch die Farbe oder Form der Ware selbst oder ihre Verpackung sein.

2. Die VG bei der Ausstattung

a) Ihr Bezugspunkt: Da es sich bei der Ausstattung um eine Warenbezeichnung, um die "Benennung" einer aus einem bestimmten Unternehmen

---

1) Zitiert bei Hagens, Warenbezeichnungsgesetz § 15 Anm.1.
2) Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.1; Godin-Hoth UWG § 16 Anm.10a; Tetzner WZG § 25 Anm.6; RG GRUR 1937, 708 (711); BGHZ 5, 1 (5/6) Hummel.
3) BGHZ 30, 357 (363 f.) Nährbier; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.5; Godin-Hoth UWG § 16 Anm.10d.
4) Baumbach-Hefermehl WZG Einl.7 und WZG § 25 Anm.2.
5) Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.6; Tetzner WZG § 25 Anm.7; RGZ 167 171 (173) Alpenmilch.
6) Über gewisse, von der Rechtsprechung gemachte Einschränkungen vgl. S. 13 f.
7) Zitat aus S.417.

stammenden Ware handelt, kann VG nur Kenntnis dieser "Warenbenennung" bedeuten. Folgerichtig verlangt die absolut herrschende Lehre [1] lediglich, daß die beteiligten Kreise in der Ausstattung einen Hinweis auf die Herkunft der Ware aus einer bestimmten, wenngleich ihnen nicht näher bekannten Quelle erblicken. Den Namen des produzierenden Unternehmens brauchen sie nicht zu kennen.

b) Die Wirkung der VG: Durch die VG erhält der Produzent der so gekennzeichneten Ware nach § 25 WZG das Recht, anderen die Verwendung gleicher oder ähnlicher Kennzeichen im Rahmen des durch § 25 WZG gezogenen sachlichen Schutzbereichs zu untersagen.

In bestimmten Fällen trifft die Zuerkennung eines solchen Ausschlußrechts die Mitbewerber erfahrungsgemäß besonders hart. Dabei kann man zwei Fallgruppen [2] unterscheiden: In der einen können die Interessen der Konkurrenten durch einen entsprechend hohen Grad an VG "überwunden" werden. Welches Ausmaß an VG dazu notwendig ist, bestimmt der Richter in wertender Entscheidung. Wir wollen diese Fälle "relative Grenzen der VG" nennen.

In der anderen Fallgruppe verhindern höherwertige Interessen der Mitbewerber jegliche Monopolisierung einer solchen Ausstattung zu Gunsten eines einzelnen Unternehmers. Hier ist demnach der Wirkung der VG (scheinbar [3]) eine absolute Grenze gesetzt.

aa) Die relativen Grenzen der VG. Im Wirtschaftsverkehr besteht ein besonderes Bedürfnis, die Waren mit Angaben über ihre Beschaffenheit, Herkunft und bestimmungsmäßigen Gebrauch versehen zu können [4]. Erhält nun ein Unternehmer ein Ausstattungsrecht an einer dieser Bezeichnungen, kraft dessen er allen anderen Unternehmern auf seinem "Markt" die Verwendung dieser Angabe verbieten kann, so würden deren geschäftliche Chancen beeinträchtigt.

Dieser Sachlage hat der Gesetzgeber durch § 16 WZG Rechnung getragen. Durch diese Vorschrift, die unstreitig auch für das Ausstattungsrecht des § 25

---

1) RGZ 120,402(406/407) Bärenstiefel; BGH LM § 23 UWG Nr.2 Regensburger Karmelitergeist; Reimer S.405 m.w.Rsprnachw.; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.34; Tetzner WZG § 25 Anm.26; Godin-Hoth UWG § 16 Anm.10i; Busse WZG § 25 Anm.8c.

2) Vgl. dazu besonders Spengler MA 1953, 385; Ulmer ZHR 114, 54 ff.; und unten Kap.3 § 1 m.w.Nachw.

3) Darüber eingehend unten Kap.3 § 2.

4) S.unten Kap.3 § 1.

WZG [1]) gilt, wird das Ausschlußrecht des Zeicheninhabers eingeschränkt: er kann den Konkurrenten die "nicht zeichenmäßige" Verwendung solcher Angaben nicht verbieten. Ob eine solche Benutzung "zeichenmäßig" ist oder nicht, wird nach der Rechtsprechung [2]) jedoch nicht nach objektiven Gesichtspunkten beurteilt, sondern der Entscheidung der beteiligten Kreise anheimgegeben: erblickt der Durchschnittskäufer in der Verwendung der Angabe einen Herkunftshinweis, so geschieht sie "zeichenmäßig". Hat sich deshalb eine solche Angabe als Kennzeichen (Ausstattung) durchgesetzt, so ist in aller Regel eine nichtzeichenmäßige Verwendung durch die Konkurrenten ausgeschlossen. § 16 WZG vermag deshalb die Interessen der Mitbewerber nicht ausreichend zu schützen [3]).

Aus diesem Grunde wird durch die Rechtsprechung schon der Erwerb eines Ausstattungsrechts an diesen Angaben erschwert: Die Rechtsprechung geht dabei von der Erwägung aus, daß solche Angaben nur schwer einprägsam seien und deshalb nicht ohne weiteres im Verkehr als Marke bekannt würde. An den Nachweis [4]), richtiger an die Tauglichkeit [5]) des Beweismaterials werden aus diesem Grunde strenge Anforderungen gestellt.

Ferner muß der Grad der VG dem Gewicht der Gegeninteressen entsprechen [6]). So hat der Bundesgerichtshof [7]) entschieden, daß an Angaben ohne jede Eigenart, an sogenannten reinen Gattungsbezeichnungen, unter Umständen erst mit einhelliger Durchsetzung in den beteiligten Kreisen Ausschlußrechte erworben werden können, da ihre Monopolisierung zu Gunsten eines Unternehmers besonders schwerwiegende wirtschaftliche Folgen für die Konkurrenten mit sich bringe.

---

1) Baumbach-Hefermehl WZG § 16 Anm.5, WZG § 25 Anm.65; Reimer S.276, 425; BGHZ 30,357 (371) Nährbier.

2) BGHZ 8,202(206) Kabel-Kennzeichen; BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor; BGH LM § 31 WZG Nr.18 St.Hubertus; BGHZ 30,357 (371) Nährbier; vgl. auch Baumbach-Hefermehl WZG § 15 Anm.19; kritisch zur Rechtsprechung Spengler WuW 1954, 160 ff.

3) BGHZ 30,357 (371) Nährbier.

4) RGZ 167,171(176) Alpenmilch; RGZ 172,127(231) Fettchemie; BGHZ 21,182 (193) Funkberater; BGH LM § 25 WZG Nr.17 "Rot-Weiß-Packung"; vgl. auch Köhler GRUR 1950,122.

5) So berichtigend BGHZ 30,357(363 f.) Nährbier.

6) BGHZ 30,357(371 f.) Nährbier; BGHZ 34,299(305 f.) Almglocke; andersnoch das RG in RGZ 167,171(176) Alpenmilch, dagegen Ulmer ZHR 114,54 ff.

7) In BGHZ 30,357 (372) Nährbier.

bb) Die absoluten Grenzen der Ausstattung. Würde man den Grundsatz, daß alles, was ausreichende VG hat, als Ausstattung geschützt werden kann, strikt durchführen, so könnten unter Umständen die Mitbewerber von der Erzeugung und dem Vertrieb eines bestimmten Gutes ganz ausgeschlossen werden [1]. Ein Beispiel soll dies verdeutlichen (entnommen aus RGZ 144,41 ff.):

Der Kläger hatte ein Hosenträgerband aus Gummifäden entwickelt, das infolge seiner besonderen Bindungstechnik, die von der bisher angewendeten Methode abwich, in beteiligten Kreisen als Hosenträger von besonders guter Beschaffenheit bekannt wurden. Die Beklagte hat diese Technik für ihre Hosenträgerbänder übernommen. Hat der Kläger Ausstattungsschutz an dem Band erworben, so kann er der Beklagten diese Bindetechnik verbieten und sie damit faktisch außer Konkurrenz setzen.

Das Reichsgericht hatte deshalb allen Gestaltungen der Ware, die dem konkreten Verwendungszweck der Ware dienen - den sogenannten technisch-funktionellen Elementen [2] -, ohne Rücksicht auf ihre VG den Ausstattungsschutz versagt. Technisch-funktionell waren dabei sowohl die Elemente der Ware, die durch die technische Lehre (wie erfüllt die betreffende Ware am besten den Verwendungszweck?) bedingt sind als auch diejenigen, die den Verwendungszweck lediglich unterstützen [3], also ein geeignetes Mittel zur Förderung der praktischen Brauchbarkeit der Ware darstellen [4]. Ausstattungsschutzfähig waren daher nur die Merkmale der Ware, die nach "Abzug" der technisch-funktionellen Elemente im Erscheinungsbild noch übrig bleiben, der sogenannte ästetische Überschuß [5].

Der Bundesgerichtshof vertritt eine andere Auffassung. Er ist sich zwar mit dem Reichsgericht darüber einig, daß bestimmte Elemente ausstattungsschutzunfähig sind. Die Begrenzung entnimmt er jedoch dem Begriff der Ausstattung. Die Ausstattung müsse zwar nicht körperlich, so doch begrifflich eine Zutat zur Ware sein [6]. Sie dürfe also die Ware nicht erst "schaffen".

---

1) Vgl. dazu eingehend unten Kap. 3 § 2.
2) RGZ 54,173(174 ff.) u. RGZ 69,31(32) Sternradurteile; RGZ 71,384(387) Nachtpolitur; RGZ 100,250(254) Gasmesser; RG GRUR 1941,238(239) Leukoplast; RG GRUR 1940,45(47) grüngoldene Flasche; RG GRUR 1943,213 Trockenfeuerlöscher; RGZ 146,247(249) Schwabenstolz; RG MuW 1926,196(197) Gütermanns Nähseide; RG MuW 1930,436(437) Zigarillo.
3) RGZ 69,31(32) Sternrad; RG MuW 1930,436(437) Zigarillo.
4) RG MuW 1930,436(437) Zigarillo. 5) s. darüber genauer unten Kap.3 § 2.
6) BGHZ 5,1(6) Hummel; BGHZ 11,129(132) Zählkassetten; BGH LM § 25 WZG Nr.20 Taschenstreifen; BGHZ 29,62(63) Rosenthalvase; BGH GRUR 1959,240

Technisch funktionelle Elemente sind demnach ausstattungsschutzunfähig, wenn sie durch die der Ware zugrunde liegende technische Lehre bedingt sind und nicht willkürlich gewählt werden können [1]. Elemente, die den Gebrauchszweck nur fördern, können deshalb im Gegensatz zur Rechtsprechung des Reichsgerichts Ausstattungsschutz erhalten.

Eine ästhetische Gestaltung, die die Ware nach Ansicht der beteiligten Kreise erst "schafft", d.h. kaufenswert macht, ist ebenfalls ausstattungsschutzunfähig [2].

II. Die Wirkung der VG auf die Eintragbarkeit von Warenzeichen

Warenzeichen, die aus Wort oder Bild [3] bestehen, erhalten auch ohne VG Zeichenschutz, sofern sie in die Warenzeichenrolle eingetragen sind.

Nach § 4 I u. II WZG sind jedoch gewisse Bezeichnungen nicht eintragungsfähig, da ihr Schutz nach dem Warenzeichengesetz andere gewichtige Interessen tangieren würde [4].

1. Absolut eintragungsunfähig sind nach § 4 II Zif.2-4 WZG Worte und Bilder, deren Benutzung und Schutz als Warenzeichen gegen die öffentliche Ordnung verstoßen würde [5].

2. Relativ eintragungsunfähig sind Zeichen, deren Bestandteile aus Bestimmungs-, Beschaffenheits- oder Herkunftsangaben bestehen oder die Freizeichen [6] sind, d.h. traditionsgemäß von einer Gruppe von Unternehmern verwendet werden (§ 4 I u. II Zif.1 WZG).

a) Das Interesse des Wirtschaftsverkehrs, insbesondere der Konkurren-

---

Nelkenstecklinge; BGH GRUR 1960,232 Feuerzeugausstattung; BGH NJW 1961, 2107(2110) Buntsatin.

1) BGHZ 11,129(132 f.); BGH GRUR 1960,232(233) Feuerzeugausstattung.

2) BGHZ 5,1(6); BGHZ 29,62(64); BGH NJW 1961,2107(2110).

3) Nur flächenmäßige Gebilde sind eintragbar; vgl.RPA GRUR 1932,598(599) Hörzeichen; dagegen Baumbach-Hefermehl WZG § 1 Anm.20; Tetzner WZG § 1 Anm.10.

4) Siehe dazu besonders Wuesthoff GRUR 1955,7 ff.

5) Vgl. dazu Tetzner WZG § 4 Anm.10.

6) Zum Begriff vgl. BGH LM § 4 WZG Nr.1 Forellenzeichen; BGH GRUR 1957 350 Raiffeisensymbol.

ten am "Freibleiben" dieser Angaben muß hier, wie bei der Ausstattung, der VG weichen: § 4 III WZG bestimmt, daß das Eintragungshindernis des § 9 II Zif.1 WZG entfällt, wenn sich diese Angaben als Kennzeichen eines Unternehmers im Verkehr durchgesetzt haben[1].

b) Der erforderliche Grad an VG ist durch Interessenabwägung[2] festzustellen. Da durch die Monopolisierung einer solchen Angabe regelmäßig Interessen der Konkurrenten beeinträchtigt werden, muß die VG stets überdurchschnittlich sein[3]. Sie muß sich auf das ganze Bundesgebiet erstrecken, da die Eintragung Zeichenschutz innerhalb dieses Gebiets vermittelt und der Zeicheninhaber sonst durch die Eintragung mehr erhielte, als er schon hatte[4].

III. Die notorische Marke

Zum Schutz der notorischen Marke statuiert § 4 II Zif.5 WZG ein Eintragungshindernis für identische Warenzeichen, die für gleichartige Waren verwandt werden sollen.

1. Die Notorität. Die Vorschrift des § 4 II Zif.5 WZG verdankt ihre Entstehung dem Art.6 bis II der Pariser Verbandseinkunft zum Schutze des gewerblichen Eigentums vom 20.3.1883 in der revidierten Fassung vom 6.11.1925. Darin verpflichteten sich die vertragsschließenden Staaten, von amtswegen die Eintragung einer Marke abzulehnen "notoirement connue comme étant déjà la marque d'un ressortissant d'un autre pays." Um den deutschen Inhaber einer solchen notorischen Marke nicht gegenüber einem Angehörigen eines Vertragslandes zu benachteiligen, wurde in § 4 II Zif.5 WZG ein Eintragungshindernis statuiert, das die Inhaber notorischer Marken schützt. Danach ist die notorische Marke ein Warenzeichen, das nach "allgemeiner Kenntnis der beteiligten Kreise" von einem Unternehmer geführt wird. Daß damit VG gemeint ist, ist heute allgemein anerkannt[5]. Die Streitfrage, ob Notorietät eine VG größeren

---

1) Entgegen seinem Wortlaut gilt § 4 III auch für die Freizeichen des § 4 I WZG; vgl. Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.16.
2) RPA Mitt.1928,54(55) Vacuum; Reimer S.36 m.w.N. aus d.Rspr.d.PA.
3) Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.47; Tetzner WZG § 4 Anm.51 u. WZG § 25 Anm.24.
4) Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.47; Tetzner WZG § 4 Anm.51.
5) Anders Utescher GRUR 1930 362, der aus "allgemein bekannt" entnimmt, daß die Marke nicht einem bestimmten Unternehmer zugerechnet werden müsse. Dagegen mit Recht Reimer S.49.

Grades ist [1], kann hier nicht mit einer Interessenbewertung gelöst werden. Meines Erachtens ist vom Wortlaut des § 4 II Zif.5 WZG auszugehen; daraus ergibt sich klar, daß ein umfassendes Maß an VG gefordert wird. Dies wird auch durch die Entstehungsgeschichte bestätigt. In Art.6 bis II PVÜ sollten offensichtlich Marken mit umfassender VG geschützt werden.

B Der Schutz der Unternehmenskennzeichen [2]

Vorbemerkung: Die Unternehmenskennzeichen unterscheiden sich von den Warenbezeichnungen durch den verschiedenen Bezugspunkt: Sie benennen den einzelnen Unternehmer bzw. sein Unternehmen, d.h. sie individualisieren und unterscheiden den Unternehmer und seinen gewerblichen Wirkungskreis von seinen Konkurrenten [3]; demgegenüber knüpfen die Warenbezeichnungen nur an die Ware an. Sie sollen die unternehmerische "Leistung", die Ware, von anderen, auf dem Markt befindlichen Waren unterscheiden [4].

I. Die Firma

1. Juristisch ist die Firma zwar der Name des Unternehmers (§ 17 HGB), in den Augen des Verkehrs bezeichnet sie jedoch nicht den Unternehmer, sondern das Unternehmen [5]. Da wir hier die Firma als Werbefaktor, als Marke, untersuchen, ist ihre Bezeichnung als Unternehmenskennzeichen in diesem Zusammenhang gerechtfertigt.

2. Die Firma kann aus einem oder mehreren Bestandteilen bestehen, wo-

---

1) Bejahend: Heydt GRUR 1952,324; Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.71; Tetzner WZG § 4 Anm.85. Verneinend: Becher GRUR 1951,491; Reimer S.49; Ulmer ZHR 114,48/49.

2) Grundlegend: Bußmann, Name, Firma, Marke, 1937, Neuere Lit.: Hefermehl, Hueck-Festschrift S.519 ff.; Lindenmaier BB 1953,629 ff.; Siebert BB 1959,641 ff.; Nastelski WuW 1956,188 ff.

3) Baumbach-Hefermehl WZG Einl.2; UWG § 16 Anm.11; Bußmann, Name S.16; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.519.

4) Darüber, daß diese rechtliche Trennung nicht immer den tatsächlichen Gegebenheiten entspricht, s.o. S.5.

5) Bußmann-Droste, Werbung S.61.

bei die Form eines Bestandteils, des sogenannten Firmenkerns, gesetzlich vorgeschrieben ist (vgl. §§ 17,18 HGB, 4 AktG, 4 GmbHG, usw.).

3. Sie wird durch § 16 I UWG und § 24 WZG gegen die Verwendung von gleichen oder verwechslungsfähigen j ü n g e r e n Bezeichnungen geschützt, einerlei ob diese Waren- oder Unternehmenskennzeichen sind [1]. Daneben ist nach ständiger Rechtsprechung ein Schutz nach § 12 BGB gegeben [2]. Ungeachtet ihres verschieden ausgestalteten Inhalts - § 16 UWG stellt es auf die durch den Zeichengebrauch verursachte Verwechslungsgefahr, § 12 BGB auf die Unbefugtheit des Namens ab, durch den das berechtigte Interesse des Namensträgers verletzt wird - begründen § 16 I UWG und § 12 BGB den gleichen Kennzeichenschutz. Die Synthese erfolgt dadurch, daß der Gebrauch eines Namens dann unbefugt ist und gegen das Interesse des Inhabers verstößt, wenn er im geschäftlichen Verkehr Verwechslungen hervorrufen könnte [3].

4. Der Schutz der Firma beginnt mit der "Ingebrauchnahme", dem Augenblick der Benutzung durch den Unternehmer. Auf die Eintragung in das Handelsregister kommt es nicht an [4]. Dies gilt jedoch nur dann, wenn die Firma schon begrifflich geeignet ist, durch eines ihrer Bestandteile das Unternehmen in den Augen der Verbraucher zu individualisieren, d.h. von anderen zu unterscheiden, wenn sie also "prima facie Unterscheidungskraft" hat [5]. Denn nur bei einer solchen unterscheidungskräftigen Firma besteht die Gefahr, daß sie mit anderen Kennzeichen verwechselt werden wird [6].

5. Diese Voraussetzungen erfüllen alle diejenigen Firmen nicht, die sich

---

1) BGHZ 15,107(110) Koma; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; BGH GRUR 1956,172(175) Magirus; Nastelski WuW 1956,194.

2) BGHZ 14,156(159) Farina; BGH LM § 16 UWG Nr.8 Rohrbogen; BGH LM § 12 BGB Nr.14 Meisterbrand; vgl. Siebert BB 1959,641; anders früher das RG für die Firma des Einzelkaufmanns, dessen Personenname nicht Firma ist; vgl. RGZ 109,213(214) Kwatta.

3) RGZ 117,215(219) Eskimo Pie; RGZ 114,90(94) Neuerburg; BGHZ 15,107(110) Koma; Siebert BB 1959,643; anders Hefermehl, Hueck-Festschrift: Seiner Ansicht nach ergibt sich die "Unbefugtheit" aus der Priorität (530/531).

4) BGHZ 10,196(204) Auskunftei; BGH LM § 16 UWG Nr.8 Rohrbogen; BGHZ 24, 239(240) Tabu 1. Anders nun, wenn die Eintragung erst die Kaufmannseigenschaft des Unternehmers begründet, vgl. BGHZ 10,196(204) Auskunftei.

5) BGH GRUR 1955,95(96) Buchgemeinschaft; BGHZ 24,238(240) Tabu 1; BGH GRUR 1957,275(276); Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.89,123; Tetzner UWG § 16 Anm.22; von der Osten S.54; anderer Ansicht Reimer S.463 für die Personalfirma.

6) Darüber s. unten S. 44/45.

auf den Produktionsgegenstand beziehen, also aus Gattungsbezeichnungen [1] gebildet sind. Reine Sachfirmen [2], die nur aus dem gesetzlich vorgeschriebenen Firmenkern bestehen und Firmen, die aus Worten der Umgangssprache oder Ortsbezeichnungen gebildet sind, erhalten demnach zunächst keinen Schutz nach den §§ 12 BGB, 16 UWG. Durch VG können sie jedoch "nachträglich unterscheidungskräftig" [3] und damit durch §§ 16 UWG und 12 BGB geschützt werden. Die Verkehrsgeltung hat aber hier einen anderen Bezugspunkt als bei den Warenbezeichnungen [4]. Dort ist VG das Wissen der Abnehmer um den gemeinsamen Ursprung von Waren, die mit einem bestimmten bekannten Zeichen versehen sind. Hier bedeutet VG, daß der Verkehr in einer Bezeichnung den Namen des Unternehmens erblickt [5]. Da durch die Monopolisierung dieser Wörter zu Gunsten eines Unternehmens regelmäßig die Interessen der Mitbewerber beeinträchtigt werden, gilt auch hier das auf S. 11 ff Ausgeführte: An den Nachweis der VG sind strenge Anforderungen zu stellen. Der erforderliche Grad der VG richtet sich nach dem Gewicht der Interessen der Konkurrenten, gerade diese Bezeichnung weiter verwenden zu dürfen [6].

II. Der Schutz des Schlagworts

1. Vorbemerkung: Die Firma eignet sich nur in geringem Maße zur werbewirksamen Bezeichnung des Unternehmens. Ihr Mindestinhalt ist gesetzlich vorgeschrieben und als solcher nicht geeignet, sich den Abnehmern einzuprägen und individualisierend zu wirken. Unterscheidungskraft wird erst durch die Hinzufügung entsprechender Zusätze erreicht. Damit ist jedoch die Firma in der Regel für das Gedächtnis der Abnehmer zu lang und deshalb kein

---

1) Die Firma ist aber keine Gattungsbezeichnung und unterscheidungskräftig, wenn die Gattungsangabe mit dem Gegenstand des Unternehmens nichts zu tun hat, vgl. BGHZ 21, 66(72) Hausbücherei; BGH LM § 16 UWG Nr. 14 H. Kinderstube; BGHZ 21, 85(89) Spiegel; BGHZ 24, 238(241) Tabu 1.

2) Als Beispiel etwa Hydraulik GmbH. vgl. RGZ 163, 233; Fettchemie GmbH. vgl. RGZ 172, 129; Getränkeindustrie AG. vgl. BGH GRUR 1957, 426.

3) RGZ 163, 233(238) Hydraulik; BGHZ 21, 214(216) KfA; BGH LM § 16 UWG Nr. 14 H. Kinderstube; BGH GRUR 1957, 426(427) Getränkeindustrie; BGH GRUR 1955, 95(96) Buchgemeinschaft.

4) Darauf weist besonders Elsaesser S. 61 hin; vgl. aber auch Baumbach-Hefermehl WZG Einl. 2 u. Hefermehl, Hueck-Festschrift S. 525.

5) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 29; RGZ 115, 401(407); BGHZ 11, 214 (216) KfA.

6) Erst mit ausreichender VG ist die Firma unterscheidungskräftig. Der Grad

wirksamer Werbefaktor (s.dazu oben S.4). Aus diesem Grunde werden im Geschäftsverkehr in großem Umfang einprägsame Kennzeichen (sogen. Schlagworte [1]) zur Bezeichnung des Unternehmens verwandt. Diese haben die Funktion der Firma weitgehend übernommen. Das kann so weit führen, daß die vollständige Firma nur noch zu Formalakten verwandt wird, was heute unbedenklich als zulässig gilt, vor sechzig Jahren aber als inkorrekt angesehen wurde [2]. Schlagworte können gebildet sein:

a) aus einem Bestandteil der vollständigen Firma, z.B. "Tabu" aus Firma Tabu Wirtschaftsbetriebe GmbH; vgl. BGHZ 24,234. Salamander aus Firma Salamander Schuhgesellschaft mbH; vgl. RGZ 115,401.

b) aus einer Abkürzung der Firma durch Buchstabenzusammenziehung, z.B. KfA aus Firma Kaufstätten für Alle GmbH u. Co; Koma aus Firma Koch u. Mann; vgl. BGHZ 15,107.

c) daneben werden aber auch Bezeichnungen verwandt, die nicht aus der Firma entlehnt sind, sondern aus einem einprägsamen Phantasiewort bestehen.

d) ohne den Willen des Unternehmers können Schlagworte auch dadurch entstehen, daß der Verkehr ein bekanntes Warenzeichen oder einen Bestandteil der Firma zur Bezeichnung des Unternehmens verwendet.

2. Der rechtliche Schutz des Schlagworts ist verhältnismäßig kompliziert. Einigkeit besteht lediglich darin, daß jedes Schlagwort, das in beteiligten Kreisen als Kennzeichen des betreffenden Unternehmens bekannt geworden ist, das also VG hat, gegen alle verwechslungsfähigen jüngeren Kennzeichen geschützt werden muß. Unklar ist jedoch, ob und inwieweit ein Schlagwort, das noch keine VG erlangt hat, schon von der "Ingebrauchnahme" ab Schutz erhalten soll. Der Gesetzgeber wollte in § 16 I UWG unbestreitbar die Schlagwor-

---

der Unterscheidungskraft ist jedoch für das "Ob" des Schutzes unwesentlich.

1) Die Verwendung des Begriffs "Schlagwort" ist nicht einheitlich: Hier werden unter Schlagwort diejenigen Kennzeichnungen verstanden, die als Kurzbezeichnungen neben oder an Stelle der Firma das Unternehmen bezeichnen; so auch BGH GRUR 1958,544 Colonia; BGHZ 15,107 Koma; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.523; anders Furler, Besitz S.51 u. Hückmann, Diss. S.16: Schlagworte sind die Unternehmenskennzeichen mit VG.

2) Vgl. einerseits das Urteil des RG vom 12.5.1894 in RGZ 56,417(420), andererseits das Urteil des BGH vom 25.9.1959 in NJW 1959,2209(2210) Martinsberg.

te, die er "besondere Bezeichnungen des Erwerbsgeschäfts" nannte, schon von der Ingebrauchnahme ab schützen [1]. Da hierbei der "Publizitätsgrundsatz" mißachtet wurde, muß diese Entscheidung als verfehlt bezeichnet werden [2]. Dieser Ansicht war wohl auch das Reichsgericht. Es schränkte den Begriff der besonderen Bezeichnung eines Erwerbsgeschäfts ein und gab im wesentlichen nur Etablissementbezeichnungen (Bezeichnungen von Hotels, Gaststätten, Theater, Varietés) einen örtlich beschränkten Schutz vom Augenblick der Ingebrauchnahme an, sofern sie unterscheidungskräftig waren [3]. Die Schlagworte anderer Unternehmen wurden in der Regel erst mit VG geschützt [4]. Dieser Rechtsprechung folgte zunächst auch der Bundesgerichtshof in einem Urteil vom 11.12.1951 [5]: "Es ist anerkannten Rechts, daß diese Abkürzungen und Schlagworte erst schutzfähig werden, wenn sie sich als solche im Verkehr durchgesetzt haben." Und in einem weiteren Urteil [6]: "Dies gilt ohne Rücksicht darauf, ob den Firmenbestandteilen oder Abkürzungen von Natur aus individualisierende Unterscheidungskraft innewohnt oder nicht. Denn es ist kein Rechtsgrund ersichtlich, der es rechtfertigen könnte, solchen Bezeichnungen, mögen sie auch unterscheidungskräftig sein, den Schutz des § 16 I UWG zuteil werden zu lassen, solange der Verkehr sie nicht als Hinweis auf ein bestimmtes Unternehmen wertet."

---

1) Vgl. den Bericht von Wertheimer in GRUR 1907,348(352) aus den Motiven zu § 8 des UWG von 1896, dem Vorläufer des § 16 UWG. Unrichtig deshalb die Ansicht von von der Osten S.55 und Hückmann, Diss. S.14, daß das Schlagwort nicht gesetzlich geschützt sei. Richtig Elsaesser S.57.

2) Vgl. Ulmer, WZ u. unl. Wb. S.108 und unten S. 45/46.

3) RG GRUR 1933,160(161) Jungborn; RG JW 1937,313 Nr.11 Rhein-Winzerstube; RGZ 171,30(32/33) Am Rauchfang; RG GRUR 1943,349(350).

4) Die Rspr. des RG ist nicht einheitlich. Folgende Grundlinien lassen sich jedoch erkennen:
Den Schutz des § 12 BGB erhalten Schlagworte erst mit VG, vgl. RGZ 109, 213(214) Kwatta; RGZ 115,401(407) Salamander; RGZ 117,215(219) Eskimo Pie; RGZ 171,30(32) Am Rauchfang; Schlagworte, die aus Firmenbestandteilen gebildet waren, erhalten durch § 16 I UWG schon ab Ingebrauchnahme Schutz, so deutlich RG GRUR 1933,782(784) Feuersozietät; nicht ganz klar RGZ 114,90(95) Neuerburg; RG JW 1927,653 Salvator; RG JW 1926, 1434, - in den entschiedenen Fällen hatten die Schlagworte jedoch unstreitig VG -; RGZ 117,215(223) u. RGZ 114,90(94) behandeln die §§ 12 BGB und 16 I UWG wieder gleich. Unklar auch das Mitropa-Urteil des LG Berlin I in JW 1918,381, durch LG Berlin I GRUR 1925,159(160) erfolgt jedoch Klärung.

5) Zitat aus BGHZ 4,167(169) DUZ.

6) Zitat aus BGH LM § 16 UWG Nr.8 Bl.2.

Von dieser Rechtsprechung ist der Bundesgerichtshof in dem "KfA-Urteil" vom 8.12.1953 [1] abgewichen und hat neue Grundsätze für den Schutz der Schlagworte aufgestellt, die durch nachfolgende Entscheidungen [2] konkretisiert und ergänzt wurden: Hiernach muß zwischen Schlagworten, die aus Teilen der unverkürzten Firma bestehen und anderen Schlagworten unterschieden werden.

a) Schutz der aus Teilen der Firma gebildeten Schlagworte: Ist das jüngere (verletzende) Kennzeichen bereits mit der Gesamtfirma verwechselbar, so umfaßt deren Schutz auch den Schutz des Schlagworts ohne Rücksicht darauf, ob dieses unterscheidungskräftig ist oder nicht [3].
Ist die jüngere Kennzeichnung nur mit dem Schlagwort verwechslungsfähig, so wird dieses auch ohne VG nach den §§ 12 BGB u. 16 I UWG geschützt, wenn es der einprägsamste Bestandteil der Firma ist [4]; denn dann kann angenommen werden, daß es bald VG erhält [5].

b) Im übrigen können alle Schlagworte durch die §§ 12 BGB, 16 I UWG als besondere Bezeichnungen des Erwerbsgeschäftes von der Ingebrauchnahme ab, also auch ohne VG, geschützt werden, wenn sie

aa) als Unternehmenskennzeichen herausgestellt werden,
bb) unterscheidungskräftig sind und
cc) Namensfunktion haben.

aa) Die "Herausstellung". Der Unternehmer muß das Schlagwort im Geschäftsverkehr anstelle oder neben der Firma zur Bezeichnung des Unternehmens verwenden, es "herausstellen" [6]. Eine solche "Her-

---

1) BGHZ 11,214 ff.
2) Die wichtigsten sind: BGHZ 15,107 ff. Koma; BGH LM § 12 BGB Nr.14 Meisterbrand; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo-As; BGHZ 24,239 ff. Tabu 1; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; BGH GRUR 1958,544 ff. Colonia; BGH LM § 11 WZG Nr.5 Triumph; BGH GRUR 1960,93 ff. Martinsberg; BGH GRUR 1960,434 ff. Volksfeuerbestattung; BGH GRUR 1954,457 ff. Irus; über die Rechtsprechung des BGH berichtet Nastelski WuW 1956, 188 ff.; vgl. auch Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.124 ff.; von der Osten S.55 ff.
3) BGHZ 11,214(216) KfA.
4) BGHZ 14, 155(159) Farina; unklar BGHZ 15, 107(109) Koma - Klarstellung erfolgt durch BGH GRUR 1960,434(435) Volksfeuerbestattung -; BGH GRUR 1957,428 Bücherdienst; BGH GRUR 1960,93; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo-As; BGHZ 24, 239(240) Tabu 1.
5) BGHZ 11,214(216) KfA.
6) BGHZ 11,214(217) KfA; BGH NJW 1959,2209(2210) = GRUR 1960,93 Martins-

ausstellung" ist dann nicht erfolgt, wenn das Schlagwort hauptsächlich zur Warenbezeichnung verwandt wird und das Unternehmen noch unter anderen Bezeichnungen Waren vertreibt [1].

bb) Die "Unterscheidungskraft". Das Schlagwort muß schon vom Begriff her unterscheidungskräftig sein, d.h. geeignet sein [2], auf ein Unternehmen hinzuweisen. Bei Worten der Umgangssprache, Gattungs- und Herkunftsangaben wird dies nicht der Fall sein.

cc) Die "Namensfunktion". Das Schlagwort muß begrifflich und lautlich geeignet sein, vom Verkehr als Name verwendet zu werden [3]. Diese sogenannte Namensfunktion fehlt bei lautlich schwer aussprechbaren Buchstabenzusammenstellungen [4], -abkürzungen und "Schlagbildern" [5].
Fehlt eine dieser Voraussetzungen, so wird das Schlagwort erst schutzfähig, wenn der Verkehr es als Kennzeichen des Unternehmens anerkennt, es also VG hat [6]. So wird das Schlagwort "Triumph" erst geschützt, wenn es in beteiligten Kreisen als Kennzeichen des Unternehmens bekannt geworden ist, da es nicht als Unternehmensbezeichnung herausgestellt wurde, sondern zur Bezeichnung einer Ware neben anderen Warenbezeichnungen verwendet wurde [7]. Das Schlagwort "KfA" wurde zwar als besondere Geschäftsbezeichnung herausgestellt, es hat auch Unterscheidungskraft, aber als schwer aussprechbare Buchstabenzusammenstellung ist es nicht geeignet, wie ein Name zu wirken [8]. Danach lassen sich folgende Regeln aufstellen:

Zu aa) Schlagworte, die aus einer Warenbezeichnung gebildet sind, werden Unternehmensbezeichnungen, wenn sie im Verkehr als Name des Unternehmens angesehen werden [9]. § 16 III, 2 UWG steht dem nicht entgegen. Die-

---

berg; BGH GRUR 1958, 544(545) Colonia.

1) BGH LM § 11 WZG Nr.5 Triumph.

2) BGHZ 11, 214(217) KfA; BGH GRUR 1957, 426(427) Getränkeindustrie.

3) BGHZ 11, 214(217) KfA; BGH NJW 1959, 2209(2210) Martinsberg; BGH LM § 12 BGB Nr.22 Fischl; BGHZ 21, 66(69) dt. Hausbücherei; BGH LM § 12 BGB Nr.17 Tabu II; vgl. auch Hefermehl, Hueck-Festschrift S.523 f.

4) BGHZ 11, 214(218) KfA.

5) BGHZ 14, 155(160) Farina.

6) BGHZ 11, 214(217 f.) KfA; BHZ 15, 107(108) Koma; BGH LM § 11 WZG Nr.5 Triumph.

7) BGH LM § 11 WZG Nr.5.

8) BGHZ 11, 214(217).

9) BGH LM § 12 BGB Nr.14 Scharlachberg; BGH LM § 11 WZG Nr.5 Triumph; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; vgl. auch insbesondere Elsaesser S.58 f., 62; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.525/526.

se Bestimmung bedeutet nach herrschender Lehre nur, daß Warenbezeichnungen nicht schon wegen ihres - naturgegebenen - Hinweises auf das Unternehmen als Unternehmensbezeichnungen geschützt werden [1].

Zu bb) Schlagworte, die nicht unterscheidungskräftig sind, werden unterscheidungskräftig, wenn der Verkehr ihnen individualisierende Bedeutung beilegt [2].

Zu cc) Die VG kann auch die fehlende Namensfunktion herstellen [3]. Dies gilt jedoch nur dann, wenn das Zeichen überhaupt durch einen Kurzbegriff, der auch eine bloße Buchstabenzusammenstellung sein kann, erfaßt werden kann, es also lautlich benennbar und aussprechbar ist. So hat ein "Schlagbild" nur dann Namensfunktion, wenn es überhaupt begrifflich erfaßbar ist [4]. Fehlt diese "Begrifflichkeit", so kann es nur nach § 16 III, 1 UWG geschützt werden [5].

3. Die Verkehrsgeltung bei Schlagworten

a) Auch hier muß sich die VG auf das Unternehmen beziehen, d.h. die beteiligten Kreise müssen in dem Schlagwort den Namen des Unternehmens sehen [6].

b) Der erforderliche Grad der VG: Die Rechtsprechung entnimmt den Maßstab aus § 25 WZG und hält es deshalb für ausreichend, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der beteiligten Kreise das Schlagwort kennt [7]. Schramm [8]

---

1) BGH LM § 12 BGB Nr. 14 Scharlachberg; BGHZ 21, 85(87/88) Spiegel; Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 139.
2) BGHZ 11, 214(217) KfA; BGH GRUR 1957, 426(427) Getränkeindustrie; Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 124; Reimer S. 441.
3) BGHZ 11, 214(217) KfA; BGHZ 15, 107(109) Koma; BGH LM § 12 BGB Nr. 14 Scharlachberg.
4) So etwa ein Bild einer Karo-As Karte oder das Münsterzeichen, das für die Bezeichnung Magirus steht, vgl. BGH GRUR 1956, 172(175).
5) s. unten S. 24.
6) RGZ 115, 401(407) Salamander; RGZ 171, 30(33) Am Rauchfang; BGHZ 11, 214(216) KfA; BGH LM § 12 BGB Nr. 20 Technika; BGH LM § 12 BGB Nr. 4 Scharlachberg; BGH LM § 11 WZG Nr. 5 Triumph; BGHZ 15, 107(109/110) Koma.
7) RGZ 117, 215(219) Eskimo Pie; BGHZ 11, 214(216) KfA; BGH LM § 11 WZG Nr. 5 Triumph; BGHZ 15, 107(109/110) Koma; ebenso Hefermehl, Hueck-Festschrift S. 525 f.
8) Grundlagen S. 195.

und Callmann[1] sind der Ansicht, daß das Schlagwort stets in weitesten Kreisen bekannt sein müsse. Zum richtigen Ergebnis dürfte hier wohl eine differenzierende Untersuchung führen:

aa) Eine als Warenbezeichnung verwandte Bezeichnung wird erst dann zum Schlagwort, wenn die beteiligten Kreise Ware und Unternehmen derartig identifizieren, daß sie das Unternehmen nach der Ware benennen. Das wird nur dann der Fall sein, wenn die Ware in den weitesten Kreisen bekannt ist und sich tief in das Bewußtsein der beteiligten Kreise "eingegraben" hat[2].

bb) Ist ein Schlagwort nicht unterscheidungskräftig, so hat der Geschäftsverkehr regelmäßig ein Interesse daran, diese Bezeichnung frei gebrauchen zu können. Nur ein entsprechend hoher Durchsetzungsgrad in den beteiligten Kreisen kann demnach eine solche Bezeichnung dem allgemeinen Gebrauch entziehen[3].

cc) Bezeichnungen, die begrifflich und lautlich nicht ohne weiteres geeignet sind, als Name zu wirken, werden diese Namensfunktion erst bei großer Bekanntheit in den beteiligten Kreisen erhalten.

VG als Voraussetzung für den Schutz des Schlagworts bedeutet demnach durchweg, daß ein beträchtlicher Teil der beteiligten Kreise das Schlagwort als Namen eines bestimmten Unternehmens kennen muß.

III. Schutz der Geschäftsabzeichen und sonstigen Geschäftseinrichtungen

1. Im Geschäftsleben werden neben Firma und Schlagwort häufig noch andere Kennzeichnungsmittel zur Werbung verwandt. Sie sollen vor allem den Gesichtssinn ansprechen. Zu nennen sind etwa besondere Schaufensterdekorationen, eigenartig geformte Lieferwagen, eigenartige Kleidung der Angestellten, kurz "unternehmensbezogene Werbeideen". Sie werden nach § 16 III, 1 UWG geschützt, wenn beteiligte Kreise in ihnen ein Kennzeichen des Unternehmens erblicken[4].

---

1) UWG § 16 Anm. 116; ebenso Hückmann, Diss. S. 15, 19; gegen ihre Begründung mit Recht Elsaesser S. 60/61.

2) Elsaesser S. 63; im Ergebnis ebenso Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 140.

3) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 29.

4) vgl. dazu die Begründung zum UWG von 1896 S. 21, zit. bei Reimer S. 487.

2. Abgrenzung von anderen Kennzeichnungsmitteln:

a) Von der Ausstattung unterscheiden sich diese "Einrichtungen" durch ihre "Unternehmensbezogenheit": Sie kennzeichnen nicht eine bestimmte, aus einem Unternehmen stammende Ware, sondern das Unternehmen selbst[1].

b) Im Gegensatz zu den Unternehmenskennzeichnungen des § 16 I UWG fehlt ihnen jedoch die Namensfunktion[2]. Diese kann hier auch nicht durch VG hergestellt werden, entweder weil diese Kennzeichnungsmittel überhaupt nicht in einem kurzen "schlagwortartigen" Begriff erfaßbar[3] sind oder weil sie vom Unternehmer lediglich als zusätzliches Unterscheidungsmerkmal in einer Art und Weise verwendet werden, daß der Verkehr gar nicht auf den Gedanken kommt, daß es sich bei ihm um einen Namen handeln könnte[4].

C Die besondere Bezeichnung einer Druckschrift = Titel

Neben den Unternehmensbezeichnungen schützt § 16 I UWG auch die besondere Bezeichnung, den Titel einer Druckschrift. Diese Gleichstellung wird durch die Tatsache gerechtfertigt, daß auch der Titel einer Druckschrift Namensfunktion hat. Er weist auf ein "auf geistiger Schöpfung beruhendes, sinnlich wahrnehmbares Gebilde"[5], ein Werk, hin, kennzeichnet es durch einen kurzen Begriff und hat deshalb - bezogen auf das Werk - dieselbe Funktion wie die Unternehmensbezeichnungen hinsichtlich des Unternehmens. Die Rechtsprechung hat deshalb den Begriff der "Druckschrift" weit ausgelegt, sodaß heute der Titel aller Werke auf dem Gebiet der Literatur und Tonkunst nach § 16 I UWG geschützt werden kann[6].

Ist der Titel unterscheidungskräftig und hat er Namensfunktion, so beginnt der Schutz nach § 16 I UWG mit der Ingebrauchnahme[7], d.h. hier mit der Ver-

---

1) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.131.
2) BGHZ 8,387(389) Fernsprechnummer; BGH LM § 16 UWG Nr.30 dt. Illustrierte.
3) BGHZ 14,155(159/160) Farina.
4) BGHZ 8,387(389) Fernsprechnummer.
5) vgl. Ulmer, Urheber und Verlagsrecht S.12.
6) BGHZ 26,52(60) Sherlock-Holmes; Ulmer, Urheber und Verlagsrecht S.147 f.; Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.110 f.
7) RGZ 104,88(89) Trotzkopf; BGHZ 26,52(61) Sherlock-Holmes; BGHZ 21,85(88) Spiegel; BGH NJW 1957,909 Starrevue; BGH LM § 16 UWG Nr.30 Deutsche Illustrierte; BGH GRUR 1958,141(142) Spiegel der Woche.

öffentlichung des Werkes[1]. Nicht unterscheidungskräftig sind z.B. Gattungsbezeichnungen wie "Deutsche Illustrierte"[2], "Revue"[3]. Keine Namensfunktion hat etwa DUZ[4] als Abkürzung für "Deutsche Universitätszeitung" oder ein reiner Bildtitel. Diese Titel werden geschützt, wenn sie VG haben[5], d.h. wenn der Leser in der Bezeichnung einen Titel sieht[6].

§ 3: Der Schutzbereich der gewerblichen Kennzeichen (der Waren- und Unternehmensbezeichnungen)

I. Vorbemerkung und Begriffsklärung

Das gewerbliche Kennzeichen kann seine Aufgabe, als Werbemittel oder Vergegenständlichung des "good will" des Unternehmens zu dienen, nur dann erfüllen, wenn man seinem Inhaber, dem Unternehmer, sowohl in "sachlich-gegenständlicher" als auch in "räumlicher" Hinsicht einen gewissen Bereich zuerkennt, in dem nur er das Zeichen benützen darf[7]. Entsprechend unterscheidet man deshalb einen räumlichen und einen sachlichen Schutzbereich.

1. Der räumliche Schutzbereich umschreibt das Gebiet, innerhalb dessen das Zeichen geschützt ist. Die Kriterien, wonach dieser räumliche Schutzbereich, der bei den einzelnen Kennzeichenarten verschieden groß ist, bestimmt werden kann, werden in § 6 dargelegt werden[8].

2. Unter sachlichem Schutzbereich eines Zeichens versteht man zwei Problemkreise:

a) Gegenüber welchen Arten von gewerblichen Kennzeichen ist das

---

1) Tetzner, UWG § 16 Anm.31.
2) BGH LM § 16 UWG Nr.30.
3) BGH NJW 1957,909.
4) BGHZ 4,167 ff.
5) Baumbach-Hefermehl § 16 UWG Anm.115; Ulmer, Urheber und Verlagsrecht S.150/151.
6) BGH LM § 16 UWG Nr.30 Deutsche Illustrierte; BGHZ 26,52(61) Sherlock-Holmes.
7) Schramm, Grundlagen S.155.
8) Siehe unten S. 58 ff.

konkrete Zeichen geschützt? Ist etwa ein Warenzeichen auch gegenüber einem in seinen Bereich eingreifenden Schlagwort geschützt? Zur Verdeutlichung wollen wir hier von "Kennzeichenumfang" sprechen.

b) Wie weit reicht der Schutz eines Zeichens "als Begriff, der sich in Sinn, Bild oder Klang konkretisiert[1]" gegenüber anderen Zeichen? Nur in dieser zweiten Beziehung spricht man gemeinhin von sachlichem Schutzbereich (i.e.S.). Im Gegensatz zum Kennzeichenumfang, dessen Ausgestaltung problemlos ist und deshalb noch in § 3 unter II näher beschrieben werden kann, bringt die Regelung des sachlichen Schutzbereichs (i.e.S.) manche Schwierigkeiten. Sie soll daher in den §§ 4 und 5 ausführlich dargestellt werden.

II. Der Kennzeichenumfang

Es ist heute allgemein anerkannt, daß ein Zeichen gegenüber allen jüngeren Kennzeichen, seien sie Warenbezeichnungen oder Unternehmenskennzeichen, die in seinen sachlichen Schutzbereich eingreifen, geschützt ist. So kann der Inhaber eines Warenzeichens[2] oder einer Ausstattung[3] die Verwendung einer jüngeren Firma innerhalb des sachlichen Schutzbereichs seines Zeichens selbst dann untersagen, wenn die Firma überhaupt nicht zur Warenbezeichnung verwendet wurde[4]. Dasselbe gilt für Unternehmensbezeichnungen, deren Schutzbereich durch eine jüngere Warenbezeichnung verletzt wurde, wobei es gleichgültig ist, ob die Unternehmensbezeichnungen auch zur Warenbezeichnung verwendet wurden[5].

---

1) Zitat aus Schramm, Grundlagen S.173.

2) RGZ 100,266(267) Salem Aleikum; BGH LM § 31 WZG Nr.17 Astra; BGH LM § 1 WZG Nr.8 Colonia; BGH GRUR 1955,95(96) Buchgemeinschaft; BGH LM § 31 WZG Nr.18 St.Hubertus; BGH GRUR 1954,123(124) NSU-Fox.

3) BGH LM § 16 UWG Nr.15 Alpha.

4) Tetzner § 15 Anm.11; Baumbach-Hefermehl WZG § 15 Anm.20.

5) BGH GRUR 1956,172(175) Magirus; BGHZ 15,107(110) Koma; Baumbach-Hefermehl Übers.14,16 vor § 16 UWG; Reimer S.451.

§ 4: Sachlicher Schutzbereich und der Einfluß der VG

I. Die Funktion des sachlichen Schutzbereichs

Wie schon oben [1] erwähnt, dienen die Kennzeichen dem Unternehmer als Werbemittel; sie sollen den Verbraucher unter anderem dabei unterstützen, seine, des Unternehmers, Ware oder Leistung wieder zu erkennen. Der Verbraucher hat jedoch in der Regel nur eine ungenaue Vorstellung von der Gestaltung, dem Wortklang und dem Sinn des Kennzeichens [2]. Erblickt er nun eine, in den charakteristischen Merkmalen ähnliche Bezeichnung, so wird er oft glauben, es handle sich um die ihm bekannte Marke [3]. Aus diesem Grunde müssen die Kennzeichen auch gegenüber solchen "ähnlichen" Zeichen geschützt werden [4]. Andernfalls wären sie kein wirksamer Werbefaktor, denn der Ruf der bekannten Marke käme dann auch anderen Unternehmern, den Inhabern der "ähnlichen" Zeichen zugute.

Gesetzestechnisch geschieht dies durch eine Erweiterung des Zeichenschutzes in "gegenständlicher Hinsicht", durch Zuerkennung eines sachlichen Schutbereichs: das Zeichen wird nicht nur gegenüber identischen, sondern auch gegenüber nur "ähnlichen" Zeichen geschützt. Dieser sachliche Schutzbereich, der bei den einzelnen Kennzeichenarten verschieden ausgestaltet ist, und der Einfluß der VG auf ihn, soll im folgenden dargestellt werden.

A Der sachliche Schutzbereich bei den Warenbezeichnungen

I. Vorbemerkung: Das Warenzeichengesetz steckt für die Warenbezeichnunge nur den potentiellen Schutzbereich ab. Der konkrete Schutzbereich ergib sich - cum grano salis - innerhalb dieser Grenzen aus dem Grad der VG [5].

1. Die unterste Grenze ist der Schutz des "Zeichengegenstandes" [6]. Sie

---

1) vgl. oben S. 2 ff.
2) BGH LM § 31 WZG Nr. 1 Störche; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 15; Reimer S. 230.
3) Vgl. Köhler GRUR 1950, 121 f.
4) Vgl. dazu von der Osten S. 74; Schramm, Grundlagen S. 153, 155 und GRUR 1950, 398.
5) Vgl. etwa Schramm, Grundlagen S. 157, 159, 175.
6) Der Begriff stammt von Schramm, Grundlagen S. 177.

wird durch die Begriffe "Warengleichartigkeit" und "Zeichenidentität" umschrieben. Der Inhaber eines Zeichenrechts ist demnach stets[1] gegen die Verwendung des gleichen Zeichens für gleiche Waren geschützt[2].

2. Einen über den rein "gegenständlichen" Schutz erweiterten Schutzbereich erhalten die Warenbezeichnungen durch die Begriffe der "Warengleichartigkeit" und der "Zeichenverwechslungsgefahr". Diese bestimmen damit die oberste Grenze des nach dem Warenzeichengesetz möglichen Schutzes[3].

II. Die Warengleichartigkeit

1. Der Begriff: Die Warengleichartigkeit berücksichtigt die Reaktion des Publikums als des Adressaten des Zeichens. Dieses prägt sich in aller Regel die spezielle Warengattung, mit der das Zeichen versehen ist, ebensowenig "präzise" ein wie die Gestalt des Zeichens. Es ist deshalb unumgänglich, den Zeichenschutz dergestalt zu erweitern, daß auch Zeichen für Waren "ähnlicher" Gattung von ihm erfaßt werden. Schon daraus ergibt sich, daß es bei der Beurteilung der Frage, ob zwei Waren gleichartig sind, nicht auf objektive Kriterien ankommen kann[4]. Maßgebend ist vielmehr allein die Auffassung der beteiligten Kreise[5]. Zwei Waren sind deshalb gleichartig, wenn die Abnehmer für den Fall, daß die Waren mit gleichen oder verwechslungsfähigen Zeichen versehen sind, schließen könnten, die Waren entstammten einem und demselben Unternehmen[6]. Dies wird meist dann der Fall sein, wenn die zu vergleichenden Waren dieselbe wirtschaftliche Funktion haben und regelmäßig in ein und demsel-

---

1) Schramm, Grundlagen S.183.

2) Dies ergibt sich aus den §§ 5 IV, 11 I Zif.1 und 24 WZG. Der Zeichenrechtsinhaber kann stets die Verwendung s e i n e s Zeichens verbieten. Unrichtig deshalb die Rasierklingen-Entscheidung des RG in GRUR 1932,302. Der BGH geht in GRUR 1954,193 Dreikern ganz selbstverständlich von diesen Grundsätzen aus.

3) Vgl. RGZ 117,215(222) Eskimo Pie; BGH LM § 16 UWG Nr.15 Alpha; Ulmer ZHR 114,44; von der Osten S.75; Tetzner WZG § 31 Anm.1; Baumbach-Hefermehl § 31 Anm.4.

4) RGZ 72,146(148) Maizena; BGH LM § 5 WZG Nr.5 Tricoline.

5) RGZ 108,34(37) Zwillingszeichen; Baumbach-Hefermehl WZG § 5 Anm.14.

6) RGZ 72,146(148) Maizena; RGZ 108,34(37) Zwillingszeichen; BGH LM § 16 UWG Nr.15 Alpha; BGHZ 19,23(25) Magirus; BGH LM § 5 WZG Nr.4 Anker; BGH GRUR 1957,287(288) Plastikummännchen; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Tech-

ben Unternehmen hergestellt oder in den gleichen Geschäften verkauft werden [1].

So besteht etwa Gleichartigkeit zwischen Herrenschals und Herrenhüten, da diese die gleiche wirtschaftliche Funktion haben (Herrenbekleidung) und regelmäßig in den gleichen Geschäften verkauft werden [2].

Der Bundesgerichtshof geht, wenn er über die Warengleichartigkeit zu entscheiden hat, etwa folgendermaßen vor: zunächst prüft er, ob die zu vergleichenden Waren regelmäßig von e i n e m Unternehmen hergestellt oder in den gleichen Geschäften verkauft werden. Dann versucht er, einen wirtschaftlich-funktionellen Oberbegriff zu bilden wie "Herrenausstattung" [3], "ärztliche Instrumente" [4], "Körperpflegemittel" [5]. Gelingt dies, so sind die Waren gleichartig.

2. Der Einfluß der VG auf den Gleichartigkeitsbereich

Das Patentamt vertrat im Anschluß an die Rechtsprechung des Reichspatentamts die Auffassung, daß der Grad der VG sich auch auf den Umfang des Gleichartigkeitsbereichs auswirke [6]. Es ging dabei von der richtigen Ansicht aus, daß der Verbraucher leicht Warenbezeichnung und Ware identifiziert. Je bekannter ein Zeichen in den beteiligten Kreisen ist, desto eher wird der Verbraucher der Ansicht sein, es handle sich bei der so gekennzeichneten Ware um die gleiche Ware, die er bereits kenne und für gut befunden habe.

Der Bundesgerichtshof hat im Anschluß an Heydt [7] diese Auffassung abgelehnt. Sie widerspreche der Systematik des Warenzeichengesetzes, das in § 5 bei der Beurteilung der Warengleichartigkeit zunächst von der Zeichenidentität ausgehe und erst durch § 31 den Zeichenschutz erweitere. Daraus folge, daß der Gleichartigkeitsbereich einer Ware unabhängig von der VG ihrer Kenn-

---

nika; BGH LM § 31 WZG Nr.17 Astra; BGH LM § 15 WZG Nr.13 Troika; BGH GRUR 1954, 123(124) NSU/Fox.

1) Vgl. die Rechtsprechung in Anm.6.
2) BGH LM § 5 WZG Nr.6 Kronenmarke.
3) BGH LM § 5 WZG Nr.6 Kronenmarke.
4) BGH LM § 16 UWG Nr.15 Alpha.
5) BGH LM § 15 WZG Nr.13 Troika.
6) PA GRUR 1954, 34(35); PA GRUR 1954,468; RPA JW 1935,2856 - das RPA folgte dabei Dunkhase MUW 18,174(176); ebenso Ulmer ZHR 114,45 und WZ u. unl.WB S.13; siehe auch die ausführliche Beschreibung bei Elsaesser S.11 ff.
7) Mitt. 1954,81.

zeichnung festzustellen sei [1]. Nur so sei das notwendige Maß an Rechtssicherheit gewährleistet. Denn der Unternehmer könne jetzt bei der Wahl seines Zeichens von einem von vorneherein feststehenden Bereich ausgehen, in dem er sich nach bereits bestehenden verwechslungsfähigen Zeichen erkundigen muß [2]. Dieser Ansicht ist jetzt auch das Parentamt [3] und die überwiegende Lehre [4] gefolgt, insbesondere da heute keine Veranlassung mehr besteht, bei der besonders bekannten Marke den Gleichartigkeitsbereich zu erweitern. Dieser erhält, im Gegensatz zu früher, auch über den Gleichartigkeitsbereich hinaus, Schutz [5].

III. Die Verwechslungsgefahr [6]

1. Das Wesen der Verwechslungsgefahr

Nach § 31 WZG erstreckt sich der Schutzbereich eines Zeichens auch auf abweichend gestaltete Kennzeichen, sofern "Verwechslungsgefahr" besteht. Hier stellen sich sofort zwei Fragen:

a) w e r verwechselt?
b) w a s wird verwechselt?

Zu a): Die Beantwortung der ersten Frage ergibt sich aus dem oben Ausgeführten: Adressat des Zeichens sind die beteiligten Kreise [7]. Verwechslungsgefahr besteht deshalb, wenn die naheliegende Möglichkeit besteht, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der Abnehmer "verwechselt" [8].

---

1) BGHZ 19,23(26) Magirus; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; BGH LM § 15 WZG Nr.13 Troika; BGH LM § 5 WZG Nr.4 Ankerzeichen.
2) von der Osten S.75.
3) PA in PMZBl 1957,121 WATA und in PMZBl 1957,21 Optikus.
4) Droste JZ 1956,567 ff.; Tetzner WZG § 5 Anm.16; a.A. Schramm, Grundlagen S.210 u. Reimer S.242, deren Ausführungen jedoch zeitlich vor dem Aufsatz von Heydt (vgl. o. S.30 Anm.7) liegen.
5) So mit Recht Elsaesser S.13,16; vgl. u. § 5 S. 51 ff.
6) Aus dem Schrifttum: Köhler, Die Verwechslungsgefahr im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht 1933 u. GRUR 1950, 117 ff.; Dietze GRUR 1949,321 ff.; Schramm, Grundlagenforschung S.321 ff. und GRUR 1950, 397 ff.; Elsaesser S.16 ff.; von der Osten S.76 ff.; Kraft GRUR 1959,118 ff.
7) BGH NJW 1951,843(844) Widia; BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH LM § 31 WZG Nr.15 Venostasin.
8) BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGHZ 10,211(214) Nordona; BGH LM § 31 WZG Nr.3 Goldzack.

Zu b): Auch die zweite Frage läßt sich scheinbar selbstverständlich beantworten: Geschützt werden die Warenbezeichnungen. Sie sind demnach Gegenstand der Verwechslung. Das hätte jedoch die Konsequenz, daß gerade die ganz besonders bekannten Warenbezeichnungen den kleinsten Schutzbereich erhielten [1]. Bei ihnen hat sich der Verbraucher das Bild des Kennzeichens infolge langer und erfolgreicher Werbung derartig eingeprägt, daß er selbst Zeichen mit nur ganz geringen Abweichungen nicht mit der bekannten Marke verwechseln wird [2]. So wird kein Raucher die in letzter Zeit neu eingeführte Zigarettenmarke Astra mit der altbekannten Astor verwechseln. Dagegen wäre bei gerade erst eingeführten, dem Verbraucher nur ganz flüchtig bekannten Marken die Gefahr der Verwechslung selbst mit "weit abliegenden" jüngeren Zeichen am größten. Damit erhielten jene den größten Schutzbereich - ein, wie Baumbach-Hefermehl [3] zu Recht bemerken, widersinniges Ergebnis. Schon daraus ergibt sich, daß die Zeichen nicht oder wenigstens nicht nur der Gegenstand der Verwechslung sein können.

Man muß vielmehr bedenken, daß die Zeichen nicht nur um ihrer selbst willen geschützt werden, sondern nur in ihrer Verknüpfung mit einer bestimmten Ware, die aus einem bestimmten Unternehmen stammt [4]. Sie sind Bezeichnungen dieser Ware und helfen bei ihrem Absatz. Hat deshalb ein Unternehmer seine Ware mit einer Warenbezeichnung versehen, die einer den Verbrauchern bereits bekannten Bezeichnung in Wort, Bild oder Klang ähnelt, so kann dies beim Verbraucher zu verschiedenen Assoziationen führen, die aber alle den Erfolg haben, daß der Verbraucher die Wertschätzung, die er für die ihm bereits bekannte Ware empfindet, auch auf die andere Ware überträgt und diese kauft [5].

---

1) Logisch unanfechtbar deshalb die viel kritisierte Entscheidung des OLG Düsseldorf in MuW 12,259.

2) So mit Recht Elsaesser S.23 f., 92; zweifelhaft die Entscheidung des BGH in NJW 1951,843(844), wo er ausführt: je bekannter ein Zeichen sei, desto eher werde der Käufer veranlaßt, ein jüngeres Zeichen, das sich auch nur entfernt an das ältere anlehne, mit dem Erinnerungsbild, das er von dem letzteren besitze, in Verbindung zu bringen. Diese Auffassung kann nicht mit der Bemerkung gerettet werden, der Käufer betrachte das Zeichen nur flüchtig. Gerade bei den bekannten Zeichen besitzt er ein so festes Erinnerungsbild, daß er auch bei flüchtiger Betrachtung nicht verwechselt.

3) WZG § 31 Anm.7; vgl. auch Reimer S.223; Schramm, Grundlagen S.175 f.

4) Baumbach-Hefermehl WZG Einl.3; Schramm, Grundlagen S.177 f.

5) Elsaesser hat wohl als erster die verschiedenen möglichen Assoziationen klar getrennt (S.17 ff.); vgl. auch weiter Dietze GRUR 1949,321 ff.; Köhler GRUR

aa) Der Verbraucher glaubt, an der seiner Ansicht nach gleichen Warenbezeichnung die ihm bekannte Ware wiederzuerkennen[1].

bb) Dem Verbraucher kommt die Warenbezeichnung irgendwie bekannt vor. Diese "Bekanntheitsqualität" hat den psychologischen Effekt, daß sie ihn zum Kaufentschluß verleitet[2].

cc) Der Käufer weiß ganz genau, daß die ihm vorliegende Warenbezeichnung nicht mit der ihm bekannten Marke identisch ist. Sie gleicht ihr jedoch in irgendeiner Weise. Daraus zieht er den Schluß, daß auch die so gekennzeichnete Ware aus dem Unternehmen stamme, das die ihm bereits bekannte Marke zur Bezeichnung seiner Ware verwendet[3]. Und zwar nimmt er entweder an, es handle sich um eine neue (verbesserte) Auflage der ihm bekannten Ware oder aber, das Unternehmen habe eine neue Warengattung produziert und wolle jetzt den Werbewert seiner so bekannten Marke auf diese Weise dem neu einzuführenden Artikel zugute kommenlassen (sog. Serienverwechslungsgefahr[4]).

dd) Der Verbraucher erkennt, daß die beiden Bezeichnungen nicht identisch sind, glaubt auch nicht, daß die so bezeichneten Waren aus ein und demselben Unternehmen stammen. Da er jedoch dazu neigt, dem Unternehmen, das ihm als Produzent eines berühmten Markenartikels bekannt ist, große "wirtschaftliche Strahlkraft"[5] beizumessen, nimmt er organisatorische oder sonstige wirtschaftliche Beziehungen zwischen den beiden Unternehmen an (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne[6]). Da er annimmt, daß diese vermeintlichen Beziehungen den ihm bekannten Unternehmen Einflußmöglichkeiten auf

---

1950,117 ff.; Schramm, Grundlagen S.178.

1) Dietze GRUR 1949,322 spricht hier von "eigentlicher Verwechslungsgefahr"; vgl. auch BGH LM § 16 UWG Nr.21 Bl.3 Karo As.

2) Köhler, Verwechslungsgefahr S.64 ff., insbesondere S.74; Dietze GRUR 1949, 323,325.

3) Elsaesser S.17; Dietze GRUR 1949,322; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Bl.3 Karo As; BGHZ 8,202(206) Kabel-Kennstreifen; BGHZ 10,211(214) Nordona; BGH LM § 31 WZG Nr.15 Venostasin; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Bl.5 Sunpearl I.

4) BGH NJW 1961,1018(1019) Almglocke; bedenklich ist die schon in LM § 31 WZG Nr.28 Opal vertretene Ansicht des BGH, die sog. Serienverwechslungsgefahr setze Identität des Wortstamms voraus. Die Identität ist im Bereich der Verwechslungsgefahr aber nie objektiv zu beurteilen.

5) Zitat aus Elsaesser S.24.

6) RGZ 117,215(220) Eskimo Pie; BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo As; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BGH LM § 24 WZG Nr.8 Irus; BGHZ 15,107(110) Koma.

die Produktion der ihm noch unbekannten Ware geben, kommt er zu dem Schluß sie müsse von gleicher Güte sein[1].

Wir sehen, daß es sich hier um Assoziationen handelt, die sowohl in ihrer Art als auch in ihrer Intensität verschieden sind[2]. Um echte Verwechslungen handelt es sich nur in den Fällen aa) und cc): einmal werden hier die Warenbezeichnungen, das andere Mal die Unternehmen verwechselt.

Im Fall bb) liegt schon gar kein "Verwechseln" vor, sondern eine Assoziation von geringerer Intensitätsstufe: man macht sich gar keine Gedanken.

Im Fall dd) "verwechselt" der Verbraucher nicht, sondern irrt sich über das Bestehen bzw. Nichtbestehen eines Konzernverhältnisses.

Um das Ergebnis vorwegzunehmen: Alle diese Assoziationen werden von der in Rechtsprechung und Schrifttum vorherrschenden Lehre als "Verwechslungen" bezeichnet[3]. Verwechslungsgefahr liegt also vor, wenn die naheliegende Möglichkeit besteht, daß ein nicht unbeträchtlicher Teil der beteiligten Kreise beim Anblick eines Zeichens Vorstellungen entwickelt, die zu einer der dargestellten Assoziationsgruppen gehören[4]. Zweck dieser "Denaturierung" des Begriffs der Verwechslungsgefahr ist es, ein bekanntes Zeichen davor zu schützen, daß der gute Ruf des Unternehmens einem anderen zugute kommt, da g e r a d e seine B e k a n n t h e i t den Verbraucher zu derartigen Spekulationen veranlaßt. Es liegt auf der Hand, daß die VG nicht unschuldig ist an diesem Begriffswandel. Es würde jedoch der heutigen Rechtslage nicht entsprechen, wollte man den Schutzbereich eines Zeichens allein nach dem Grad seiner VG bestimmen. Eine

---

1) Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.12.

2) Elsaesser S.17.

3) Str. ist dies im Fall cc) und dd): Im Fall cc) will Elsaesser (S.25,69) im Anschluß an Friedrich JR 1951,314 Assoziationen im Unterbewußtsein nicht als Verwechslung gelten lassen. Das überzeugt deshalb nicht, weil Elsaesser in anderen Fällen, wo ebenfalls nur eine Assoziation vorliegt, von Verwechslung spricht. Wie oben im Text Köhler, Verwechslungsgefahr S.77 ff., S.74; Dietze GRUR 1949,323,325. Im Fall dd), der sogenannten erweiterten Verwechslungsgefahr, sind Kirchberger JW 1932,1904 und ihm folgend Schramm GRUR 1950,402 und Elsaesser S.20 f. der Ansicht, daß diese nicht von § 31 WZG, sondern nur von § 16 I UWG erfaßt werde. Anders die h.M.: BGH LM § 24 WZG Nr.30 Sternbild; BGH LM § 31 WZG Nr.9 Bl.5 Sunpearl; PA GRUR 1954,469 u. GRUR 1955,154; Tetzner WZG § 31 Anm.10; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.12.

4) Vgl. Kraft GRUR 1959,120; Dietze GRUR 1949,325.

Ansicht, die Schramm [1] vertritt, übersieht, daß in unserer Rechtsordnung Kennzeichen auch ohne VG geschützt werden und dann in der Regel einen Schutzbereich erhalten, der dem eines Zeichens mit normaler VG entspricht[2]. Man könnte deshalb lediglich erwägen, ob man den Begriff der Verwechslung nicht aus sprachlichen Gründen durch den des Irrtums ersetzen sollte[3].

Wollte man die eingangs gestellte Frage nach dem Gegenstand der Verwechslung beantworten, so müßte man differenzieren: in den Fällen aa) bis cc) ist Gegenstand der Verwechslung, besser des Irrtums, die Herkunft der Waren aus einem bestimmten Unternehmen, im Fall dd) irrt man sich über die Unternehmensbeziehungen[4].

c) In den bisherigen Ausführungen wurde davon ausgegangen, daß ein bereits bekanntes Zeichen durch ein jüngeres ähnliches Zeichen verletzt wurde: "Verwechslung" setzt eben logisch voraus, daß der verwechselte Gegenstand bereits bekannt ist[5]: "Was ich nicht kenne, kann ich auch nicht verwechseln." Die Konsequenz wäre, daß alle Zeichen erst ab VG vor verwechslungsfähigen ähnlichen Zeichen geschützt wären. Ein solches Ergebnis würde jedoch mit der von Ulmer[6] entdeckten und seitdem nicht mehr bestrittenen Tendenz des deutschen Kennzeichenrechts, auch den in der Entwicklung zur VG begriffenen Zeichen einen möglichst vollständigen Schutz zu gewähren, nicht in Einklang zu bringen sein[7].

Aus diesem Grunde nimmt Köhler[8] an, daß der Registereintrag die unwiderlegliche Vermutung begründe, daß das Zeichen bereits in beteiligten Kreisen bekannt sei.

---

1) In Grundlagen S.175 ff. u. GRUR 1950,397 f.
2) Siehe unten S.37, 44/45.
3) So Elsaesser S.17; Kraft GRUR 1959,120; Baumbach-Hefermehl sprechen in WZG § 31 Anm.6 ff. von Irreführung; Dietze in GRUR 1949,322 spricht von uneigentlicher Verwechslungsgefahr.
4) Siehe dazu BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo As; Schramm, Grundlagen S.178 differenziert hier zwischen Waren und Betriebsverwechslungsgefahr.
5) Vgl. Köhler, Verwechslungsgefahr S.138 f. und GRUR 1950,121.
6) In Wz u. unl. Wb. S.63 ff.
7) Der BGH hat dazu, soweit ersichtlich, noch nicht Stellung genommen. In LM § 31 WZG Nr.28 Bl.3 Opal hat er jedenfalls die bei Vorratszeichen fehlende Bekanntheit für "unschädlich" erachtet, wenn das "verletzende" Zeichen ebenfalls nicht bekannt ist. Weitere Folgerungen lassen sich jedoch aus dem Urteil nicht ziehen.
8) In Verwechslungsgefahr S.139 u. GRUR 1950,122.

Für eine derartige Annahme fehlt, trotz der unzweifelhaften Funktion des Re gisters, die Zeichenentwicklung zu fördern, jeder rechtliche Anhaltspunkt: Durch die Eintragung erhält der Zeicheninhaber lediglich ein Recht am "Zeichengegenstand" (§ 15 WZG), das ihn berechtigt, anderen die Verwendung seines Zeichens zu verbieten (arg. §§ 5 IV u. 24 WZG). Daß er aber auch die Verwendung "ähnlicher", nicht nur identischer Zeichen unterbinden kann, folgt erst aus § 31 WZG, der den Zeicheninhaber einem nach anderen Ma stäben zu bestimmenden weiteren Schutzbereich zuweist, bei dessen Bestimmung die Eintragung nur Voraussetzung, aber kein Kriterium ist[1]. Für die Rich tigkeit dieser Darlegungen kann man auch die Rechtsprechung zum sog. "schwa chen Zeichen" anführen[2]: Da dort die Voraussetzungen für die Zubilligung eines "erweiterten" Schutzbereiches nicht vorliegen, erhält das Zeichen in der Regel nur den durch die Eintragung vermittelten Schutz, der auf den "Zeicheng genstand" beschränkt ist: sein Inhaber kann nur die Verwendung von identischen Zeichen verbieten[3]. Völlig versagen muß die "Vermutungstheorie" Köhlers be den Unternehmenskennzeichen: hier fehlt ein Registereintrag, der die Basis für die Vermutung abgeben könnte, daß das Zeichen bereits bekannt ist. Der Versuch Köhlers[4], bei eigenartigen Unternehmenskennzeichen die VG dann zu ver muten, wenn diese in erheblichem Umfang benutzt werden, wird dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht. Nach der Fassung des § 16 I UWG sollen diese Zeichen auch ohne VG von dem Augenblick des Gebrauchs an vor verwechs lungsfähigen Zeichen geschützt werden[5]. Auf den Umfang der Benutzung kann es daher nicht ankommen.

Die Synthese muß vielmehr durch den Begriff der Verwechslungsgefahr erfolgen. Verwechslungsgefahr kann nicht nur[6] bedeuten, daß auf Grund der Ähn lichkeit der Zeichen die naheliegende Möglichkeit besteht, daß die beteiligten Kreise verwechseln, sondern auch,daß angenommen werden kann, daß das Zeichen bald bekannt wird und daß dann die beteiligten Kreise dieses Zeichen mit einem neu aufkommenden Zeichen verwechseln; stichwortartig ausgedrückt Verwechslungsgefahr ist nicht nur die sachlich, sondern auch die zeitlich naheliegende Möglichkeit, daß es zu Verwechslungen kommt. Damit wird der

---

1) Vgl. auch die Ausführungen des BGH in BGHZ 19,23(26) zur Systematik des WZG.

2) Siehe darüber unten S.39ff. 3) Vgl. BGH GRUR 1954,192(193) Dreikern.

4) Im GRUR 1950,122 u. in Verwechslungsgefahr S.139.

5) Siehe dazu auch die oben auf S.19ff dargestellte Rechtsprechung.

6) Anders allerdings die h.L. statt aller: Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 7; von der Osten S.76; Busse WZG § 31 Anm.4e. Tetzner WZG § 31 Anm.28

Begriff der Verwechslungsgefahr selbst zum Träger der "Entwicklungsbegünstigung" [1]: ein Zeichen wird schon während seiner Entwicklung vor "ähnlichen" Zeichen geschützt, wenn man annehmen kann, daß es bald im Verkehr bekannt wird [2].

Von diesen Betrachtungen ausgehend, soll im folgenden der Schutzbereich von Warenzeichen und Ausstattung und die Wirkung der VG auf diesen Schutzbereich im einzelnen dargestellt werden.

2. Die Verwechslungsgefahr beim eingetragenen Warenzeichen

a) Der normale Schutzbereich. Ein Zeichen von durchschnittlicher Eigenart, bzw. Unterscheidungskraft, hat vom Tage seiner Eintragung ab denselben Schutzbereich, den es erhalten würde, wenn es in beteiligten Kreisen bereits bekannt wäre [3]. Bei ihm kann man davon ausgehen, daß es bald einen durchschnittlichen Grad an VG erhalten wird. Nach diesen "Erwartungen" bestimmt sich dann die Größe seines Schutzbereichs.

b) Erweiterter Schutzbereich

aa) Durch die Wahl eines "starken" Zeichens: Wählt der Unternehmer einen besonders einprägsamen "Begriff" als Warenzeichen, so erhält dieses Z Zeichen schon von der Eintragung ab einen besonders großen Schutzbereich [4] [5]. Dies läßt sich mit folgender Erwägungen begründen: Die sog. starken Zeichen sind besonders einprägsame Zeichenschöpfungen; hat man sie einmal gehört oder gesehen, so behält man sie im Gedächtnis, - man könnte sich im Anschluß an eine Begriffsbildung aus der Schlagerbranche geradezu als "Ohrwürmer" bezeichnen -. Damit sind die Träger von höchster Werbewirksamkeit,

---

1) Der Ausdruck wurde von Ulmer in Wz.u.unl.Wb. S.63 ff. geprägt.
2) Einen Ansatzpunkt in dieser Richtung enthält die KfA-Entscheidung des BGH in BGHZ 11,214(216): Ein Schlagwort, das aus einem Firmenbestandteil gebildet ist, erhält gegenüber verwechslungsfähigen jüngeren Zeichen Schutz, "wenn es seiner Art nach im Vergleich zu den übrigen Bestandteilen dieser Firma geeignet erscheint, sich im Verkehr ... durchzusetzen" (Zitat).
3) Im Ergebnis ebenso von der Osten S.78 im Anschluß an Ulmer Wz.u.unl. Wb. S.71 f.
4) Nur hier sollte man von "starken" Zeichen sprechen, vgl. Elsaesser S.21.
5) Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.61; Tetzner WZG § 31 Anm.18 ff.; Schramm S.183; Godin-Hoth UWG § 16 Anm.11e.

die sich besonders schnell und umfassend im Verkehr durchsetzen. Die Möglichkeit, daß sich die anderen Unternehmer diese Werbewirkung auch zunutze machen wollen, indem sie sich an diese Begriffsbildung "anlehnen" und daß es dann zu den als "Verwechslung" bezeichneten Assoziationen im Verkehr komm ist hier besonders naheliegend [1]. Davor schützt die Rechtsordnung den Inhaber eines solchen starken Zeichens durch Zubilligung eines besonders umfassenden Schutzbereichs.

bb) Erweiterung durch Defensivzeichen: Durch die Eintragung von Defensivzeichen kann der Inhaber eines Warenzeichens den Schutzbereich seines Zeichens künstlich erweitern. Diese Defensivzeichen liegen im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens und sollen ihm die Möglichkeit geben, auch gegen Zeichen vorzugehen, die zwar nicht mehr im Schutzbereich des Hauptzeichens liegen, wohl aber im Verwechslungsbereich der Defensivzeichen. Würde man diese "Manipulationen" unbeschränkt zulassen, so könnte auch der Inhaber eines völlig bedeutungslosen Zeichens einen ungerechtfertigt großen Schutzbereich erhalten [2]. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist deshalb ein Vorgehen aus einem Defensivzeichen nur möglich, wenn dieses im Ähnlichkeitsbereich des Hauptzeichens liegt und ein besonderes Rechtsschutzbedürfnis des Zeicheninhabers gegeben ist [3]. Letzteres liegt aber nur dann vor, wenn das Defensivzeichen dazu dienen soll, dem erst in der Entwicklung begri fenen Hauptzeichen den Schutz zu geben, den es bei erlangter VG haben würde Sobald das Hauptzeichen selbst VG erlangt hat, könne das Defensivzeichen ke nen größeren Schutzbereich verschaffen als dem Hauptzeichen selbst zukommt [4].

cc) Erweiterung durch VG: Zwischen VG und Verwechslung besteht ein doppelter Zusammenhang: Die Kenntnis der Marke ist die logische Voraussetzung für eine Verwechslung. Die VG beeinflußt jedoch auch die Verwechslungsgefahr: je bekannter ein Zeichen in den beteiligten Kreisen ist, desto eher besteht die Möglichkeit, daß Angehörige dieser beteiligten Kreise beim Anblick eines anderen Zeichens "verwechseln", d.h. Assoziationen haben, die dem Inhaber des anderen Zeichens zugute kommen [5]. Das kann soweit führen,

---

1) Vgl. Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 61.
2) Baumbach-Hefermehl weisen darauf hin, daß die Eintragung von Defensivzeichen eigentlich gegen § 1 WZG verstoße, vgl. WZG § 1 Anm. 16 f.
3) BGHZ 10, 211(215) Nordona; BGHZ 32, 133(140/141) Dreitannen.
4) BGHZ 32, 133(141) Dreitannen.
5) BGH LM § 24 WZG Nr. 38 Sternbild; BGH NJW 1951, 843(844) Widia; von der Osten S. 78; Elsaesser S. 22; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 61.

daß bei besonders bekannten Marken schon Anklänge in Wort, Bild oder Klang ausreichen, um den Verbraucher auf derartige "markenschädliche" Gedanken zu bringen [1]. Damit bestimmt die VG bzw. ihr Grad die Größe des Schutzbereichs. Eine Grenze ist ihr dabei (scheinbar [2]) durch die Warengleichartigkeit, auf die sie keinen Einfluß hat, gesetzt.

c) Verringerter Schutzumfang bei "schwachen" Zeichen

aa) Der Begriff des schwachen Zeichens

Der Begriff des schwachen Zeichens ist vor allem deshalb so stark umstritten [3], weil terminologische Unklarheiten bestehen. In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beginnt sich folgende Terminologie durchzusetzen: Hat ein Zeichen von Anfang an einen geringeren Schutzumfang, so spricht der Bundesgerichtshof von "anfänglicher Schwäche" [4]. Ist der Schutzumfang durch nachträgliche Ereignisse verkleinert worden, so spricht der Bundesgerichtshof von "nachträglicher Schwäche" oder "Schwächung" [5].

Im folgenden Text soll die Bezeichnung "schwaches Zeichen" nur für solche Warenzeichen verwendet werden, die schon bei der Eintragung einen geringeren Schutzumfang als andere Zeichen im gleichen Stadium haben. Verringert sich der Schutzbereich eines Warenzeichens durch spätere Ereignisse, so sprechen wir von "geschwächten Zeichen" [6].

bb) Ein schwaches Zeichen ist schon seinem Begriff oder Motiv nach von geringerer Eigenart und deshalb wenig geeignet, eine unterscheidende Wirkung auszuüben. Dies wird vor allem dann der Fall sein, wenn ein Warenzeichen Bestandteile enthält, die aus einer Beschaffenheits- [7], Bestimmungs- oder Herkunftsangabe [8] gebildet sind oder von den Konkurrenten als Freizei-

---

1) BGH GRUR 1957, 287(288) Plastikummännchen.
2) Siehe dazu unten S. 53 ff.
3) Vgl. etwa Reimer GRUR 1931, 447(458 ff.) u. GRUR 1932, 345 (367); Becher MA 1951, 88 ff.; Köhler GRUR 1950, 117 ff.; Benkhard GRUR 1952, 311 ff.; Rüffer GRUR 1961, 212 ff.; Tetzner WZG § 31 Anm. 18 ff.
4) BGH GRUR 1958, 141(142) Spiegel der Woche.
5) BGH LM § 24 WZG Nr. 5 Gumax; BGH LM § 24 WZG Nr. 10 Arctuvan; BGH LM § 31 WZG Nr. 8 Sunpearl I; BGHZ 19, 367(378) W 5; BGH LM § 1 WZG Nr. 5 Wit-Wipp; BGH LM § 16 WZG Nr. 1 Luxor; BGH GRUR 1956, 179 Ettaler Klosterlikör; BGH LM § 31 WZG Nr. 1 Störche; BGH LM § 31 WZG Nr. 28 Opal.
6) So auch Tetzner WZG § 31 Anm. 18; wohl auch Schramm, Grundlagen S. 183.
7) RG GRUR 1931, 529(307) Weltkrepp; RG GRUR 1931, 154(155) Saale-Gold; RG GRUR 1939, 795(797) Hammer; BGH LM § 16 UWG Nr. 16 Synochem.
8) RG JW 1925, 1287 Bremer Schlüssel; BGH LM § 16 UWG Nr. 14 Hamburger Kinderstube.

chen oder freizeichenähnlich[1] verwendet werden. Schwach ist ein Zeichen aber auch dann, wenn das Patentamt es nach § 4 I oder II WZG eigentlich hätte gar nicht eintragen dürfen.

Die Eintragung vermittelt ihm dann nur einen geringeren Schutzbereich als andere Warenzeichen im gleichen Stadium ihrer Entwicklung. Als Begründung werden von der Rechtsprechung zwei Argumente vorgebracht:

Das Reichsgericht[2], aber auch der Bundesgerichtshof[3] vertreten die Ansicht, hier werde die Verwechslungsgefahr schon durch geringfügige Abweichungen ausgeschlossen, da die betreffende Bezeichnung so wenig eigenartig sei, daß der Verkehr sich daran gewöhnt habe, auf feinere Unterschiede zu achten. Dagegen wendet Reimer[4] zu Recht[5] ein, daß der Durchschnittskäufer alle Kennzeichen gleich flüchtig betrachte; er gewöhne sich nicht an feinere Unterschiede. Im Gumasol-Urteil vom 15.2.1952[6] hat der Bundesgerichtshof den verringerten Schutzumfang mit der Erwägung begründet, daß dem Zeicheninhaber nicht ein weiterer Abstand zugestanden werden dürfe, als er bei der Wahl seines Kennzeichens selbst eingehalten hätte[7]. Hier wird der Schutzbereich also nicht mehr durch die Verwechslungsgefahr bestimmt, sondern durch die Maxime: "Was du nicht willst, das man Dir tu, das füg auch keinem andern zu."

Daran ist so viel richtig, daß beim schwachen Zeichen der Schutzbereich in der Tat nicht durch Verweis auf die Verkehrsauffassung bestimmt werden kann. Eine solche wird sich in der Regel bei der Eintragung noch nicht gebildet haben[8]. Zum richtigen Ergebnis kommt man auch hier dadurch, daß man die Verwechslungsgefahr unter dem Blickwinkel der Entwicklungsbegünstigung betrach-

---

1) RG GRUR 1938,986 Adventskranz in der Weihnachtszeit; RG JW 1930,1678 Sternmotiv; BGH LM § 31 WZG Nr.15 Venostasin.
2) RG GRUR 1940,286(287) Radio Müller; RG GRUR 1940,279(281) Vitalis.
3) BGH LM § 24 WZG Nr.10 Arctuvan; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BG LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.
4) S.235,283; ebenso Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.69; von der Osten S.
5) Anders ist dies aber bei Kennzeichen mit starker VG, vgl. oben S.32 u. Mayer GRUR 1953,280.
6) In LM § 24 WZG Nr.5.
7) Zustimmend Benkhard GRUR 1952,312; BGH dann ständig: BGH LM § 24 WZ Nr.10 Arctuvan; BGH LM § 31 WZG Nr.28 Opal; BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BGH GRUR 1959,136(137) Keimdiät.
8) Die Kritik Baumbach-Hefermehls an der Rechtsprechung des BGH in WZG § 31 Anm.69 ist daher nicht zutreffend.

tet. Verwechslungsgefahr liegt vor, wenn man davon ausgehen kann, daß das Zeichen bald im Verkehr bekannt sein wird und daß es dann mit dem verwechslungsfähigen (jüngeren) Zeichen verwechselt werden könnte. Je weniger einprägsam, d.h. je schwächer ein Zeichen ist, desto geringer ist die Verwechslungsgefahr sowohl in sachlicher, als auch in zeitlicher Hinsicht zu veranschlagen, da man von dem Grad der Eigenart des Zeichens auf die Schnelligkeit und den Umfang schließen kann, mit denen sich es im Verkehr durchsetzen wird [1]. Ein schwaches Zeichen erhält deshalb nur den durch das Register vermittelten Schutz gegenüber identischen Zeichen, wenn seine Kennzeichnungskraft so gering ist, daß Verwechslungen nicht zu erwarten sind.

Dem gegenüber vertritt Reimer [2] die Ansicht, daß die Eintragung allen Warenzeichen den gleichen Schutzbereich vermittle. Das sei eine notwendige Konsequenz aus der Bindung der Gerichte an die Entscheidung des Patentamts, daß das Zeichen eingetragen und damit seine Kennzeichnungskraft bejaht habe. Diese Bindung würde durch die Zubilligung eines geringen Schutzbereichs umgangen.

Dagegen wird von der herrschenden Lehre [3] zu Recht eingewandt, daß die Gerichte durch die Eintragung lediglich an das "Ob" des Schutzes gebunden seien. Sie könnten deshalb einem eingetragenen Zeichen nicht jeden Schutz mit der Begründung versagen, es sei nicht unterscheidungskräftig und hätte deshalb vom Patentamt nicht eingetragen werden dürfen [4]. Ob das Zeichen dagegen einen über den Identitätsbereich erweiterten Schutzumfang erhalte, richte sich nach anderen Kriterien, nach der Verwechslungsgefahr [5]. Im Entwicklungsstadium eines Zeichens bestimme diese sich allein nach der Eigenart des gewählten Begriffs [6].

Damit ist freilich wenig Konkretes darüber ausgesagt, wie der Schutzbereich eines solchen schwachen Zeichens nun im Verletzungsprozeß festgestellt werden soll. Dafür lassen sich kaum allgemeine Maßstäbe aufstellen; auszugehen ist

---

1) Ähnlich Tetzner WZG § 31 Anm.20. 2) S.287/288.

3) RG GRUR 1938,986(989) Lametta; RG GRUR 1940,286(287) Müller/Lichtmüller; Tetzner WZG § 31 Anm.20.

4) Unrichtig deshalb das Rasierklingenurteil des RG in GRUR 1932,302, wo das RG selbst einen Schutz vor identischen Zeichen verneint hatte.

5) RG GRUR 1940,286(287) Müller/Lichtmüller; BGH LM § 24 WZG Nr.5 Gumax/Gumasol; Tetzner WZG § 31 Anm.19; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.60; Benkhard GRUR 1952,311(312).

6) Tetzner WZG § 31 Anm.19.

vom konkreten Einzelfall, wobei es allein auf den Grad der Eigenart, der Kennzeichnungskraft des Zeichens, ankommt. Ein allgemeiner Grundsatz läßt sich dabei allenfalls feststellen: Beruht die Schwäche des Zeichens auf der mangelnden Eigenart eines seiner Bestandteile, so kann die Verwechslungsgefahr nicht mit der Ähnlichkeit oder der Übereinstimmung des Beklagtenzeichens mit diesem Bestandteil begründet werden [1]. Es genügen dann schon geringe Abweichungen in den anderen Zeichenbestandteilen, um die Verwechslungsgefahr auszuschließen. So ist z.B. der Bestandteil "Alm" bei "Almglocke" eine reine Herkunftsangabe. Almglocke und Almquell sind daher nicht schon deshalb verwechslungsfähig, weil beide Zeichen in diesem einen Bestandteil identisch sind [2].

cc) Die Wirkung der VG. Sobald ein Zeichen in beteiligten Kreisen bekannt geworden ist, wird sein Schutzbereich jetzt nicht mehr durch seine Eigenart, sondern allein durch die Stärke seiner VG bestimmt [3]. Die begriffliche Eigenart hat in diesem Stadium nur noch prozessuale Bedeutung: bei einprägsamen Zeichen genügt zum Nachweis der VG, daß sie in erheblichem Umfang benutzt worden sind. Man kann dann davon ausgehen, daß sie dadurch in beteiligten Kreisen bekannt geworden sind [4]. So ist wohl auch das Gumasol-Urteil des Bundesgerichtshofs [5] zu verstehen; dort führt der Bundesgerichtshof aus, daß man von der anfänglichen Unterscheidungskraft ausgehen müsse, um einen festen Anhaltspunkt für die Beurteilung der Verwechslungsgefahr zwischen den beiden Zeichen zu gewinnen. Man dürfe dabei aber die spätere Entwicklung der VG des Zeichens nicht außer acht lassen. In späteren Entscheidungen präzisiert der Bundesgerichtshof seinen Standpunkt [6] und erklärt, daß sich der Schutzbereich eines Zeichens nicht nach der anfänglichen Unterscheidungskraft, sondern nach dem Umfang und der Intensität seiner VG richte. Dies gilt selbst dann, wenn die VG nicht den Umfang erreicht, um etwa einer Ausstattung Schutz zu verleihen [7].

So können auch schwache Warenzeichen durch VG einen Schutzbereich er-

---

1) RG GRUR 1931,402(403) Terranova/Terrameyer; RG GRUR 1931,154(155) Saale Gold; BGH LM § 24 WZG Nr.5 Gumax/Gumasol; BGH LM § 16 UWG Nr.16 Synochem/Firmochem.

2) BGHZ 34,299(302) Almglocke.

3) Becher MA 1951,188.

4) Köhler GRUR 1950,122.

5) In LM § 24 WZG Nr.5

6) BGH GRUR 1954,192(193) Dreikern; BGH LM § 31 WZG Nr.31 Sunpearl II; BGH LM § 31 WZG Nr.17 Astra.

7) BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; von der Osten S.80; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.75.

halten, der dem eines normal einprägsamen Zeichens gleichkommt oder ihn übertrifft [1]. Der Nachweis der VG wird freilich dadurch erschwert, daß der Beweis eines erheblichen Benutzungsumfangs nicht ausreicht.

3. Die Verwechslungsgefahr bei der Ausstattung

Die Probleme des schwachen Zeichens, die dadurch bedingt sind, daß das Warenzeichen auch ohne VG geschützt wird, ergeben sich bei der Ausstattung nicht, da diese allein aufgrund ihrer VG rechtlichen Schutz erhält. Die VG begründet demnach hier den Schutz und bestimmt gleichzeitig die Größe des Schutzbereichs [2]. Dieser wird bei der Ausstattung stets groß sein, da ja die Ausstattung überhaupt erst bei einer VG von bestimmter Intensität geschützt wird; dann aber liegt die Gefahr von Verwechslungen besonders nahe. Im übrigen erweitert sich mit steigender VG der sachliche Schutzbereich; eine gewisse Begrenzung erfolgt auch hier durch das Erfordernis der Warengleichartigkeit, die nur durch eine ganz umfassende VG "durchbrochen" werden kann [3].

B Der Schutzbereich der Unternehmenskennzeichen

I. Begriff, Funktion und Anknüpfungspunkt der Verwechslungsgefahr bei den Unternehmenskennzeichen

Im Gegensatz zu den eingetragenen Warenzeichen bestimmt sich das "Ob" und das "Wie" des Schutzes der Unternehmenskennzeichen allein nach der Verwechslungsgefahr [4].

Die durch die Entscheidung des Gesetzgebers hervorgerufene "Antinomie"

---

1) RG JW 1930, 1678 Sternteppich; RG GRUR 1936, 961(966) Biene; RG GRUR 1939, 795 Hammer; RG GRUR 1940, 286(287) Müller/Lichtmüller; BGH LM § 24 WZG Nr. 5 Gumax/Gumasol; BGH GRUR 1954, 192(193) Dreikern; BGH LM § 16 UWG Nr. 14 H. Kinderstube; BGHZ 34, 299 Almglocke; Schramm, Grundlagen S. 183; Baumbach-Hefermehl § 31 Anm. 75.

2) von der Osten S. 78.

3) Siehe darüber unten S. 51.

4) BGH GRUR 1956, 172(175) Magirus; BGH LM § 12 BGB Anm. 20 Technika; Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 55. Darauf weist vor allem Köhler GRUR 1950, 121 ff. hin.

daß einerseits die Unternehmenskennzeichen bereits von der Ingebrauchnahme an vor verwechslungsfähigen Kennzeichen geschützt werden sollen, daß aber andererseits "Verwechslung" VG, also mehr als Benutzung, voraussetzt, kann auch hier nur dadurch geschlossen werden, daß man unter Verwechslungsgefahr nicht nur die sachlich, sondern auch die zeitlich naheliegende Möglichkeit versteht, daß es zu Verwechslungen kommt[1]. Das für zu folgenden Ergebnissen:

Nur unterscheidungskräftige, d.h. eigenartige Kennzeichen erhalten Schutz von der Benutzung ab[2]. Denn nur bei ihnen ist die Vermutung berechtigt, daß sie schnell bekannt werden und dann verwechselt werden könnten. Nicht unterscheidungskräftige Zeichen erhalten gesetzlichen Schutz erst, wenn sie tatsächlich bekannt geworden sind[3].

In sachlicher Hinsicht bedeutet Verwechslungsgefahr, daß auf Grund der Ähnlichkeit der Kennzeichen die naheliegende Möglichkeit besteht, daß die beteiligten Kreise einem Irrtum unterliegen. Dieser ist hier jedoch - im Gegensatz zu der Verwechslungsgefahr bei den Warenbezeichnungen - auf die Identität oder die nahe wirtschaftliche Verbundenheit der Unternehmen bezogen[4]. Es kommen also folgende Assoziationsgruppen in Betracht:

1. Die Verkehrskreise nehmen irrtümlich an, daß es sich bei der vorliegenden Bezeichnung um den Namen eines ihnen bekannten Unternehmens handelt (Verwechslungsgefahr im engeren Sinne)[5].

2. Die Verkehrskreise erkennen zwar, daß das Kennzeichen nicht mit den ihnen bekannten Kennzeichen identisch ist; auf Grund der Ähnlichkeit der beiden Bezeichnungen nehmen sie jedoch organisatorische oder sonstige wirtschaftliche Beziehungen zwischen den in Frage kommenden Unternehmen an (Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne)[6].

II. Die Bestimmung des Schutzbereichs

1. Vor Erlangen der VG werden nur eigenartige, d.h. unterscheidungskräf

---

1) Vgl. dazu schon oben S. 36/37.
2) Das wurde schon oben S. 18 allerdings ohne Begründung dargestellt.
3) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 29.
4) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm. 54.
5) BGH LM § 16 UWG Nr. 21 Karo As.
6) BGH LM § 16 UWG Nr. 21 Karo As; BGH LM § 16 UWG Nr. 38 Condux; BGHZ 1
107(110) Koma; BGH GRUR 1955, 95(96) Buchgemeinschaft.

tige Kennzeichen geschützt. Die Größe ihres Schutzbereichs bestimmt sich nach dem Grade ihrer Unterscheidungskraft, ihrer Eigenart [1]: Je eigenartiger ein Zeichen ist, desto schneller und umfassender wird es vermutlich bekannt werden, desto eher wird man also die Verwechslungsgefahr bejahen können. Einen geringen Schutzbereich erhalten deshalb Zeichen von geringer Unterscheidungskraft, die etwa aus einem Gattungsbegriff abgeleitet sind, wie z.B. Technika aus Technik [2], oder eine Kombination von Gattungsbegriffen darstellen, wie Rhein-Chemie [3], oder als Bestandteil einen Begriff von geringer Unterscheidungskraft führen, wie Synochem [4]. Die Verwechslungsfähigkeit des Gegenzeichens mit dem nicht unterscheidungskräftigen Bestandteil kann hier niemals die Verwechslungsgefahr begründen [5].

Einen großen Schutzbereich erhalten Kennzeichen von starker Originalität und Einprägsamkeit [6].

Dadurch, daß nach dem Gesetz die Verwechslungsgefahr allein den Schutzumfang der Unternehmungskennzeichen umgrenzt, erhält der Inhaber einen umfassenden, nicht - wie bei den Warenbezeichnungen - auf bestimmte Warengebiete beschränkten Schutz. Diese gesetzgeberische Entscheidung entspricht jedoch nicht der Interessenlage [7], da zwischen Waren- und Unternehmensbezeichnungen kein funktionaler Unterschied besteht, der einen derartig weitergehenden Schutz für Unternehmenskennzeichen rechtfertigen könnte. Aus diesem Grunde hat die Rechtsprechung im Anschluß an Friedrich [8] durch das Erfordernis der "Branchennähe" [9] den Schutzumfang der Unternehmenskennzeichen dem der Warenbezeichnungen angenähert. Die "Branchennähe" ist nichts anderes als die in Relation zur Verwechslungsgefahr gesetzte Warengleichartigkeit [10]: Sind die Warengebiete, auf den sich die streitenden Inhaber der

---

1) BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo As; BGHZ 21,85(90) Spiegel; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.60.
2) BGH LM § 12 BGB Nr.20.
3) BGH LM § 16 UWG Nr.24; vgl. auch BGH GRUR 1960,296(297) Holzlager Reiherstieg.
4) BGH LM § 16 UWG Nr.16 Synochem.
5) BGH LM § 16 UWG Nr.24 Rhein-Chemie; BGH LM § 16 UWG Nr.16 Synochen.
6) BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo As.
7) Vgl. dazu auch die Ausführungen oben auf S. 5.
8) JR 1951,314(315).
9) BGH GRUR 1956,172(175) Magirus; BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH GRUR 1960,296(297) Reiherstieg.
10) Vgl. Schramm, Grundlagen S.211.

Kennzeichen betätigen, völlig ungleichartig, so entfällt die Verwechslungsgefahr, da der Verbraucher kaum annehmen wird, es handle sich um dasselbe Unternehmen oder es bestünden organisatorische oder wirtschaftliche Beziehungen zwischen den beiden Unternehmen [1].

Auf der anderen Seite wird man die Verwechslungsgefahr umso eher bejahen können, je näher sich die beiden Unternehmen in ihrer Geschäftstätigkeit stehen [2]. Ein wenig unterscheidungskräftiges Kennzeichen wird deshalb lediglich einen Schutzbereich erhalten, der auf gleiche oder doch sehr ähnliche Bezeichnungen innerhalb des g l e i c h e n Branchengebiets beschränkt ist [3]. Je eigenartiger ein Kennzeichen ist, desto größer ist sein Schutzbereich, der auch nur entfernt ähnliche Zeichen in einem weitgehend entfernten Branchengebiet erfassen kann [4]. Eine Grenze besteht lediglich da, wo die Betätigungsgebiete völlig ungleichartig sind. Hier findet auch die größte Eigenart der Zeichen ihre Grenze [5].

2. Sobald das Kennzeichen in beteiligten Kreisen bekannt geworden ist, bestimmt sich sein Schutzbereich nach der Intensität seiner VG. Deshalb können auch Kennzeichen von geringer Unterscheidungskraft auf diese Weise einen großen Schutzbereich erlangen [6].

Die "Strahlkraft" der VG erweitert und bestimmt den Schutzbereich in zwei Richtungen:
Nach ihr richtet sich der Abstand, den andere Unternehmer bei der Wahl ihres Kennzeichens von dem Kennzeichen mit VG einhalten müssen [7].
Sie wirkt auf die "Branchennähe" ein; d.h. je größer die VG ist, desto weiter können die Tätigkeitsbereiche der betreffenden Kennzeicheninhaber entfernt sein [8]. Die VG findet eine Grenze lediglich da, wo die Tätigkeitsbereiche der-

---

1) BGHZ 8,387(391) Fernsprechnummer; BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; BGH GRUR 1960, 296(297) Reiherstieg.
2) BGHZ 19,23(26) Magirus; BGH GRUR 1960,296(297) Reiherstieg; BGH LM § 16 UWG Nr.38 Condux; BGH GRUR 1960,550(551) Promonta.
3) BGH LM § 16 UWG Nr.24 Rhein-Chemie.
4) BGH LM § 12 BGB Nr.20 Technika; BGHZ 15,107(111) Koma.
5) BGHZ 15,107(111) Koma.
6) BGH LM § 31 WZG Nr.14 Berliner Illustrierte; BGH GRUR 1958,141(142) Spiegel der Woche; BGHZ 21,85(92/93) Spiegel; BGH LM § 31 WZG Nr.26 Elektrotechnik.
7) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.54; BGH LM § 16 UWG Nr.21 Karo As.
8) BGHZ 15,107(111) Koma.

art weit voneinander entfernt sind, daß trotz der VG eines Kennzeichens der Verbraucher nicht mehr der Gefahr einer Verwechslung ausgesetzt ist[1]. Einen über diese Grenze hinaus erweiterten Schutzbereich erhalten nur solche Kennzeichen, die eine ganz überragende VG haben[2].

3. Zusammenfassung: Der sachliche Schutzbereich der Unternehmenskennzeichen wird - im Gegensatz zu den Warenbezeichnungen - nur durch die Verwechslungsgefahr bestimmt. Diese ist jedoch abhängig von der "Branchennähe", die nichts anderes als Gleichartigkeit der Ware bedeutet. Abweichend von dem Gleichartigkeitsbegriff bei den Warenbezeichnungen ist jedoch die Branchennähe "relativ", d.h. beeinflußbar durch die VG und die anfängliche Unterscheidungskraft. Auf diese Weise erhalten die Unternehmensbezeichnungen mindestens im Stadium der VG einen Schutzbereich, der über den der Warenbezeichnungen hinausgeht, da er auch verwechslungsfähige Kennzeichen umfassen kann, die nicht mehr im Gleichartigkeitsbereich liegen. Es ist deshalb das verständliche Bemühen der Unternehmer, auch ihren Warenbezeichnungen den Schutz von Unternehmenskennzeichen zu verschaffen.

C Abschließende Stellungnahme

In den vorigen Ausführungen wurde der Einfluß gezeigt, den die VG auf den sachlichen Schutzbereich der Waren- und Unternehmensbezeichnungen nimmt. Dabei hatte sich folgendes ergeben:

Ist ein Kennzeichen in beteiligten Kreisen bekannt, so bestimmt sich sein Schutzbereich nach dem Grade seiner VG[3]. Erhält ein Kennzeichen, wie etwa alle eingetragenen Warenzeichen und die unterscheidungskräftigen Unternehmenskennzeichen, auch vor Erlangung der VG Schutz, so wird doch sein sachlicher Schutzbereich im Hinblick auf seine voraussichtlich spätere VG festgelegt[4]; diese wird nach dem Grad der Eigenart, der Unterscheidungskraft des Zeichens, "geschätzt".

Der Einfluß der VG wird jedoch durch die Begriffe der "Warengleichartigkeit, bzw. Branchennähe" und der "Zeichenverwechslungsgefahr" beschränkt.

---

1) BGHZ 15, 107(111) Koma; BGH LM § 16 UWG Nr. 38 Condux; BGH LM § 12 BGB Nr. 14 Scharlachberg; BGH LM § 12 BGB Nr. 20 Technika; BGH GRUR 1960, 296(297) Reiherstieg.

2) Siehe dazu unten S. 51.

3) S. 42 f., 46.

4) Siehe oben S. 41, 45 f.

Im folgenden § 5 soll gezeigt werden, daß die VG auch diese "begrifflichen" Schranken zu überwinden vermag.

§ 5: Die Durchbrechung der gesetzlichen Schranken des Warenzeichengesetzes und des Gesetzes gegen den unlauteren Wettbewerb durch die VG

I. Die Überwindung der Schranken des Warenzeichengesetzes (des Gleichartigkeitsbereichs) durch die Umwandlung der Warenbezeichnungen zu Unternehmenskennzeichen

1. Durch VG: Wie bereits oben[1] festgestellt wurde, kann eine Warenbezeichnung den Schutz eines Unternehmenskennzeichens erhalten, wenn die beteiligten Kreise in ihr die Bezeichnung des Unternehmens sehen. Rechtlich setzt dies keine stärkere VG voraus; es ändert sich lediglich ihr Bezugspunkt: Die beteiligten Kreise verbinden mit dem Begriff (Wort, Bild) nicht die Vorstellung, hier handle es sich um die Bezeichnung einer bekannten Ware, sondern sind der Ansicht, daß durch ihn ein bestimmtes Unternehmen gekennzeichnet, benannt werde[2]. Dazu wurde schon oben[3] ausgeführt, daß ein solcher Wandel des Bezugspunkts nur dann angenommen werden könne, wenn die Bekanntheit des Zeichens ganz besonders groß sei. Das bedarf jetzt noch einer näheren Begründung: Auszugehen ist davon, daß ein Unternehmen in der Regel allein durch Leistungen in beteiligten Kreisen bekannt wird. Produziert es Waren, so hat der Verkehr grundsätzlich kein Interesse, den Namen des Unternehmens zu kennen, überhaupt das Unternehmen zu benennen[4]. Der Unternehmer wird als anonymer Produzent von Waren angesehen, die man an der bekannten Warenbezeichnung erkennt. Wird eine Ware jedoch besonders bekannt, so beginnt der Verbraucher sich auch häufig für das Unternehmen und seine Produktion zu interessieren. Er wird sich fragen, ob der Produzent der bekannten Ware noch andere Waren herstellt, die dann von der gleichen Qualität sind. Kurz, es ergibt sich das Bedürfnis, das Unternehmen zu benennen. Fehlen Anhaltspunkte für eine exakte Bestimmung des Unternehmens, so wird der Ver-

---

1) S. 24.
2) Elsaesser S. 63.
3) S. 34.
4) BGH GRUR 1959, 27 Triumph.

kehr dazu neigen, das Unternehmen nach der Warenbezeichnung zu benennen[1]. Aber auch wenn die exakte Unternehmensbezeichnung bekannt ist, kann der Verkehr die Warenbezeichnung statt der Unternehmensbezeichnung zur Benennung des Unternehmens verwenden. Die Verkehrsauffassung ist also "launisch" und entzieht sich jeder Typisierung und allgemeinen Erfahrungssätzen. Selbst wenn der Verbraucher die Firma des Unternehmens genau kennt, wird er unter Umständen das Unternehmen nach dem bekannten Warenzeichen benennen: Obwohl die Daimler Benz AG als Unternehmen allgemein bekannt ist, spricht man doch meist von den Mercedes-Werken.

Aus diesem Grunde kann der Ansicht Schramms[2] und Elsaessers[3] nicht zugestimmt werden. Diese verneinen die Möglichkeit einer solchen Umwandlung von der Waren- zur Unternehmensbezeichnung, wenn der Verbraucher durch die Werbung auf den Namen des Unternehmens hingewiesen werde oder wenn dasselbe Unternehmen mehrere bekannte Warenbezeichnungen besitze[4]. Dadurch werden dem Verbraucher logische Erwägungen unterstellt, die er gar nicht anstellt. So nennt er eben die Daimler Benz AG Mercedes-Werke, weil dieser Name einprägsam ist. Ein Unternehmen, das mehrere bekannte Warenbezeichnungen führt, kann deshalb auch mehrere "Namen" erhalten, insbesondere dann, wenn der Verbraucher nicht weiß, daß diese verschiedenen Warengattungen alle aus demselben Unternehmen stammen[5].

Anders der Bundesgerichtshof in der "Triumph-Entscheidung"[6]. Hier wurde die Umwandlung des Warenzeichens "Triumph" zur Unternehmensbezeichnung verneint, da das Unternehmen für die von ihm hergestellten Warengattungen noch andere Warenzeichen verwende. Dies widerspricht dem an anderer Stelle vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsatz, daß allein die tatsächlichen Verhältnisse ausschlaggebend sind[7]: Eine Warenbezeichnung ist dann Unternehmensbezeichnung, wenn ein nicht unbeträchtlicher Teil der beteiligten Kreise sie als Namen des Unternehmens ansieht und verwendet.

Dabei sind vor allem zwei Faktoren bedeutsam:
die Art der bezeichneten Ware und das Ausmaß der VG.

Bei höherwertigen Gebrauchsgegenständen, insbesondere solchen, die der

---

1) Elsaesser spricht hier von den "Pseudonymen des Handelsverkehrs" S. 64.
2) Grundlagen S. 196. 3) S. 64.
4) Schramm, Grundlagen S. 196 macht allerdings eine Ausnahme da, wo die einzelne Warenbezeichnung quasi "betrieblich verselbständigt" ist.
5) So mit Recht Schramm, Grundlagen 196. 6) BGH GRUR 1959, 27.
7) BGH LM 12 BGB Nr. 20 Technika; BGH LM § 12 BGB Nr. 14 Scharlachberg.

Pflege und der Reparatur bedürfen, wird der Käufer sich in der Regel für das produzierende Unternehmen interessieren. Eine Benennung nach der Warenbezeichnung liegt hier nahe, sofern die Firma nicht einprägsam in der Werbung hervorgehoben wird. Bei Gegenständen des täglichen Gebrauchs erfolgt eine solche Benennung nur dann, wenn sich die Warenbezeichnung infolge sehr grosser VG zum Symbol des Unternehmens entwickelt hat. Dies wird nur solchen Unternehmen gelingen, die imstande sind, eine Werbung ganz besonders intensiv durchzuführen, wie etwa einige Unternehmen der Waschmittelbranche, oder solchen, deren Erzeugnisse schon seit Jahrzehnten bekannt sind, wie etwa "4711".

Durch diese Umwandlung erhält die Warenbezeichnung nach §§ 16 I UWG, 12 BGB einen über den Gleichartigkeitsbereich des Warenzeichengesetzes hinausreichenden Schutz. Die Warengleichartigkeit stellt keine Schranke mehr für die VG dar, sondern steht in direkter Relation mit ihr: je größer die VG ist, desto weiter reicht der Schutzbereich auch gegenüber Zeichen auf anderen Warengebieten. Eine (scheinbare) Grenze ist der VG nur da gesetzt, wo die bezeichneten Waren derartig ungleichartig sind, daß eine Verwechslung nicht mehr möglich ist.

2. Die Überwindung der Schranken des Warenzeichengesetzes durch Verwendung des Zeichens als Namen des Unternehmens: Die heutige oben [1] dargestellte Rechtsprechung ermöglicht es dem Unternehmer, durch einen Kunstgriff die starren Schranken des Gleichartigkeitsbereichs, der den Rechtsschutz innerhalb des Warenzeichengesetzes begrenzt, zu umgehen: Der Unternehmer verwendet einen einheitlichen Begriff als Schlagwort und als Warenbezeichnung. Dies geschieht dadurch, daß er anstelle oder neben der Firma im Geschäftsverkehr und in der Werbung eine Bezeichnung als Namen des Unternehmens herausstellt. Dieselbe Bezeichnung verwendet er auch als Warenbezeichnung. Tauchen jetzt in einem Warengebiet, das außerhalb des Gleichartigkeitsbereichs des Warenzeichengesetzes liegt, verwechslungsfähige Zeichen auf, so hat er aus seiner Warenbezeichnung keinerlei Ansprüche. Diese können sich jedoch aus seiner Unternehmensbezeichnung, deren Schutzbereich sich auch auf verwechslungsfähige Warenbezeichnungen erstreckt [2] und nicht auf den Gleichartigkeitsbereich des Warenzeichengesetzes beschränkt ist, ergeben. Auf diese Weise wird "faktisch" durch eine rein "technische Maßnahme" der Schutzbereich der Warenbezeichnung erweitert, ohne daß dieser Erweiterung ein wirtschaftlicher Wert zugrunde liegen muß, wie dies bei der Erweiterung durch VG

---

1) Siehe S. 20 ff.

2) Die Zulässigkeit eines solchen Verfahrens bestätigt BGHZ 19, 23(29) Magirus.

stets der Fall ist[1].

Daß auf diese Weise die Absicht des Gesetzgebers desavouiert wird, der innerhalb eines Warengebiets für jeden Unternehmer überschaubare "Zeicheneinheiten" schaffen und deshalb das Warenzeichen auch nicht nach dem Gesetz gegen unlauteren Wettbewerb schützen wollte (§ 16 III,2 UWG), liegt auf der Hand. Ursächlich dafür ist freilich die gesetzgeberische Entscheidung, bestimmten Kennzeichenarten - den Unternehmenskennzeichen - einen nicht auf bestimmte Warengebiete beschränkten Schutz zu gewähren. Hinzu kommt allerdings der von der Rechtsprechung ausgebildete Grundsatz, daß der Kennzeichenschutz nicht auf Schutz vor bestimmten Kennzeichenarten beschränkt ist, sondern Unternehmens- wie Warenbezeichnungen umfaßt.

II. Die VG "berühmter Zeichen" durchbricht die Schranken des Warenzeichengesetzes und des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb[2]

1. Einführung in die Problematik: Ist ein Zeichen in beteiligten Kreisen bekannt geworden, so ist es selbständiger Träger einer Werbewirkung geworden. Der Verbraucher denkt bei der sinnlichen Erfassung des Zeichens an die durch das Zeichen repräsentierte Ware oder an das Unternehmen. Der Gesetzgeber schützt für diese Werbewirkung durch Zubilligung eines Schutzbereichs, der verhindern soll, daß sich im "Strahlungskreis" eines Zeichens andere Zeichen ansiedeln, die damit Nutznießer des Werbeeffektes werden[3]. Der gesetzgeberische Schutz ist demnach primär Schutz gegen "Rufausnutzung"[4].

Die VG ist jedoch auch noch anderen Angriffen ausgesetzt, die sich unmittelbar gegen sie wenden[5], ihre Werbekraft verwässern und sie auf diese Weise "schwächen". Zur Erklärung dieses Phänomens muß auf die Erläuterungen in

---

1) Reimer S.444 f. will deshalb auch den Schutz der Unternehmenskennzeichen durch den Gleichartigkeitsbegriff beschränken. Darin liegt keine Gleichbehandlung von Ungleichem, wie Elsaesser S.78 f. meint.

2) Literatur: Elsaesser, Der Rechtsschutz berühmter Marken, 1959; Friedrich JR 1951,314 ff. und MA 1953,316 ff.; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.535 ff.; Becher GRUR 1951,489 ff.; Troller Prop.Ind. 1953,73 ff.; Ulmer ZHR 114, 43(46 ff.); Heydt GRUR 1952,321 ff.; Mayer GRUR 1953,227 ff.; von der Osten S.83 ff.; Ernst Reimer GRUR 1952,222 ff.; Baumbach-Hefermehl Allg. 84 u. Einl. UWG Anm.142 u. UWG § 1 Anm.211 u. UWG § 16 Anm.57 u. WZG § 31 Anm.90.

3) Vgl. Schramm, Grundlagen S.50 ff., 190.

4) Elsaesser S.87 ff.

5) BGHZ 28,320(329) Quick im Anschluß an Schramm, Grundlagen S.50 ff. u.190.

Kap.1 § 2[1] zurückgegangen werden. Dort wurde ausgeführt, daß jede im Verkehr bekannte Marke imstande sei, einen selbständigen Werbeeffekt auszuüben indem sie den Käufer daran erinnert, daß er die hier vorliegende Ware schon kennt. Steigt diese VG, so kann der Effekt eintreten, daß die Marke sich quasi "selbständig" macht. Der Verbraucher braucht sie nicht mehr im Zusammenhang mit einer bestimmten Ware zu sehen, sondern er stellt diese Verbindung psychisch selbst her[2]. Die Marke ist für ihn zu dem Namen einer Ware aus einem bestimmten Geschäft geworden. Von diesem Zeitpunkt an ist die VG der Marke auch gefährdet, wenn ein gleiches oder verwechslungsfähiges Zeichen auftaucht, das auf einem so entfernten Tätigkeitsbereich verwendet wird, daß gar keine Verwechslungsgefahr bestehen kann[3]. Der Verbraucher wird dann gezwungen, zwischen der ihm bisher bekannten und der neuen Marke zu unterscheiden und sich jedesmal zu fragen, welche Ware bzw. welches Unternehmen jetzt gemeint sei[4].

Am anfälligsten gegen diese Gefährdung ist die "berühmte Marke"[5]. Bei ihr hat die durch die sinnliche Erfassung der Marke ausgelöste Assoziation: bestimmte Ware bzw. bestimmtes Unternehmen, eine nicht mehr zu steigernde Effektivität erlangt. Der Verbraucher denkt z.B. bei der Nennung des Worts "Nivea" sofort an eine bestimmte Hautnährcreme aus einem bestimmten (wenn auch nicht namentlich bekannten) Unternehmen. Beim Auftauchen identischer oder verwechslungsfähiger Bezeichnungen verliert die berühmte Marke ihre fest umrissene Bedeutung[6]. Der Verbraucher wird zu einer Differenzierung, zu einer "Vorstellungsspaltung"[7] gezwungen. Diese sogenannte "Schwächung" oder auch "Verwässerung" ist nicht durch den Standort der schwächenden Zeichen bedingt. Der gesetzliche Schutzbereich kann deshalb hier nicht helfen. Aus diesem Grunde gewährt die Rechtsprechung[8] der "berühmten Marke", aber nur

---

1) S. 4.

2) von der Osten S. 84; ähnlich Troller Prop. Ind. 1953, 73(76); Elsaesser S. 143.

3) Vgl. dazu Friedrich JR 1951, 315.

4) Hefermehl, Hueck-Festschrift S. 537 nennt dies plastisch "Vorstellungsspaltung"; vgl. etwa auch RGZ 115, 401(410) Salamander.

5) Vgl. Elsaesser S. 91 f.

6) Friedrich JR 1951, 316; von der Osten S. 84.

7) Der Ausdruck stammt von Hefermehl, Hueck-Festschrift S. 537.

8) Vgl. etwa RGZ 115, 401(410) Salamander II; RGZ 170, 137(153) Bayer; RGZ 171, 147 ff. Salamander III; RG GRUR 1944, 28 Siemens; RG GRUR 1951, 333 Kohinor; BGH GRUR 1953, 40(41) Goldzack; BGHZ 15, 107(113) Koma; BGH GRUR 1958, 500(501) Mecki; BGH GRUR 1957, 435(437) Eucerin; BGH LM § 1 WZG Nr. 5 Triumph; BGHZ 19, 23(25) Magirus; BGHZ 21, 85(92) Spiegel; BGH LM § 12 BGB Nr. 20 Technika; BGH LM § 31 WZG Nr. 15 Venostasin;

dieser [1], einen über die Grenzen des Warenzeichengesetzes und des Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb hinausreichenden Schutz, der durch den Begriff der Verwässerungsgefahr abgesteckt wird.

2. Gesetzliche Grundlagen

a) Ist das berühmte Kennzeichen eine Unternehmensbezeichnung, so folgt nach der Rechtsprechung [2] der Schutz aus § 12 BGB [3]. Dieser setzt den unbefugten Gebrauch eines Unternehmenskennzeichens voraus, wodurch ein schutzwürdiges Interesse des Zeicheninhabers verletzt wurde. Unbefugt ist der Gebrauch immer dann, wenn der Zeicheninhaber ein schutzwürdiges Interesse an der Alleinverwendung der Bezeichnung hat [4]. Außerhalb des durch § 16 I UWG gezogenen Schutzbereichs ist das Interesse des Zeicheninhabers nur dann schutzwürdig, wenn die überragende VG eines Zeichens angegriffen wird [5].

b) Wie bereits dargelegt, folgt aus der Tatsache, daß ein Zeichen überragende VG erlangt hat, nicht mit Notwendigkeit, daß das Zeichen Unternehmensbezeichnung geworden ist. Die berühmte Warenbezeichnung gilt jedoch als ein wesentlicher Bestandteil des eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetriebs und wird damit durch §§ 823 I, 1004 BGB gegen Verwässerungsgefahr geschützt [6].

BGH LM § 5 WZG Nr.4 Ankerzeichen; BGHZ 28,320(328) Quick; BGH GRUR 1960, 550(552) Promonta.

1) Andere, noch nicht berühmte Zeichen sind gegen Schwächung nur im Rahmen ihres gesetzlichen Schutzbereichs geschützt, vgl. BGH GRUR 1957,435 (437); BGHZ 25,369(373) mit dem feinen Wipp.

2) BGHZ 15,107(112) Koma; BGH GRUR 1957,435(437) Eucerin; BGH GRUR 1960,550(552) Promonta.

3) In Wirklichkeit handelt es sich jedoch hier um keinen gesetzlichen Schutz. Vgl. unten Kap.3.

4) BGH GRUR 1960,550(552) Promonta.

5) BGH GRUR 1960,550(553) Promonta.

6) So die neuere Rspr. des BGH: BGHZ 28,320(328) Quick; BGH GRUR 1960, 550 Promonta im Anschluß an das Schrifttum vgl. etwa Baumbach-Hefermehl UWG § 1 Anm.212, WZG § 31 Anm.90 u. Hefermehl in Hueck-Festschrift S.553 ff.; Friedrich MA 1953,318; Schramm, Grundlagen S.52; von der Osten S.87. Anders stützte die Rechtsprechung des RG und die frühere Rspr. des BGH den Schutz der berühmten Marke auf § 1 UWG, vgl. etwa: RGZ 115,401(410) Salamander; RGZ 170,137(153) Bayer; BGH GRUR 1953, 40(41) Goldzack; BGHZ 15,107(113) Koma; BGH GRUR 1957,435(437) Euce-

3. Ein Kennzeichen erhält demnach Schutz auch gegenüber Bezeichnungen auf entfernten Warengebieten, wenn es

a) ein "berühmtes" Zeichen ist und
b) die "gegnerischen" Bezeichnungen seine Werbekraft beeinträchtigen, d.h. in seinem Verwässerungsbereich liegen.

Fehlt es an einer dieser Voraussetzungen, so ist ein über den Verwechslungsbereich hinausreichender Schutz nicht möglich. Dies wird vor allem dann aktuell, wenn das Zeichen erst auf dem Weg zur Berühmtheit ist und dann seine Entwicklung durch das Aufkommen anderer Zeichen gestört wird [1].

a) Die Berühmtheit

aa) Begriffsklärung und Problemstellung: Die spezifischen Voraussetzungen, bei deren Vorliegen eine Marke einen erweiterten Schutz erhält, sind trotz umfangreicher Untersuchungen wenig scharf umrissen. Das hängt wohl mit dem wenig präzisen Begriff der Berühmtheit zusammen, der wohl besser in der Diskussion nicht aufgetaucht wäre. Bedeutet Berühmtheit weitverbreitete Bekanntheit oder schwingen dabei noch Wertungen der beteiligten Kreise mit? Entscheidet man sich mit der wohl vorherrschenden Lehre in letzterem Sinne [2], so stellt sich als nächstes die Frage, innerhalb welchen Personenkreises diese Kenntnis vorliegen muß. Ist auf die Gesamtbevölkerung eines Hoheitsgebiets abzustellen oder nur auf die Personenkreise, die an der Marke sachlich interessiert sind? Genügt Durchsetzung in den interessierten, beteiligten Kreisen nicht, in welchem Umfang muß dann die Marke in der Gesamtbevölkerung bekannt sein [3]? Die Antwort hierauf ist besonders schwerwiegend, da nach neuesten demoskopischen Untersuchungen auch Marken, die unzweifelhaft als berühmt gelten, kaum mehr als der Hälfte der Bevölkerung bekannt sind [4].

Andererseits kann man, wie etwa Ulmer [5], die Ansicht vertreten, daß Berühmtheit sich gar nicht auf den Umfang der Bekanntheit, sondern allein auf die Intensität der Verankerung der Marke bei den Abnehmern bezieht. Be-

---

rin; BGH LM § 11 WZG Nr.5 Triumph. § 1 UWG setzt jedoch ein Wettbewerbsverhältnis voraus, das in diesen Fällen gerade nicht vorliegt.

1) So etwa der in BGHZ 19,23(27) entschiedene Fall.
2) Hefermehl, Hueck-Festschrift S.539; Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 94; Troller Prop.Ind.1953,74,77; Elsaesser S.83,87,112,143; Mediger GRUR 1956,303(313).
3) Vgl. dazu besonders Becher GRUR 1951,489(490).
4) Vgl. Noelle/Neumann-Schramm, Umfrageforschung Anl.n.S.98.
5) ZHR 114,43(49).

rühmt wäre dann eine Marke, wenn sie sich so tief im Bewußtsein der Abnehmer festgesetzt hat, daß sie selbständiger Träger einer bestimmten Bedeutung geworden ist[1]). Aber auch diese begriffliche Fixierung läßt Zweifel übrig: muß die Marke wirklich so im Gedächtnis "verankert" sein, daß sie psychisch stets auf "Abruf" da ist oder genügt nicht eine Assoziation unbestimmter Art, ein Bekanntheitsgefühl?

bb) Im Magirus-Urteil[2]) und noch präziser im Quick-Urteil[3]) verlangt der Bundesgerichtshof eine über die Abnehmerkreise hinausgehende Bekanntheit, d.h. eine überragende VG. (Hier kann es sich freilich nicht mehr um VG im Sinne §§ 25 WZG u. 16 III UWG handeln, da diese stets auf die beteiligten Kreise beschränkt ist.)

Anders als der Bundesgerichtshof kommt Elsaesser[4]) auf Grund umfangreicher Untersuchungen zu dem Ergebnis, daß einhellige Durchsetzung innerhalb der beteiligten Kreise erforderlich, aber auch ausreichend sei[5]). Ein Objekt oder Subjekt könne immer nur innerhalb eines abgeschlossenen Personenkreises bekannt sein[6]). Wer außer Juristen und Historiker kenne etwa Savigny, dem die Qualifikation "berühmt" doch ohne weiteres zu erteilen sei[6]). Hierbei sehen wir, daß Elsaesser weniger auf den Umfang als auf die Intensität der VG als Verankerung im Bewußtsein abstellt. Nach ihm muß die Marke derart in den Sprachschatz eingegangen sein, daß die Nennung der Marke unwillkürlich die Assoziation "Marke - Ware - gleichbleibende Wirkungsstätte"[7]) hervorruft. Das sei aber nur innerhalb eines abgeschlossenen Personenkreises möglich.

Dagegen ließe sich u.a. einwenden, daß der "Savigny-Vergleich" hinke, da hier ungleiches gleichgesetzt wurde. Ob man Savigny kennt, ist eine Frage der Bildung; eine Marke kennt man auf Grund der Werbung. Entscheidend spricht aber gegen diese Auffassung folgendes: Der Sonderschutz der bekannten Marke geht über den Wirtschaftsbereich, in dem die Marke verwendet wird, hinaus. Die Zusammensetzung der beteiligten Kreise wechselt jedoch von Wirtschaftsbereich zu Wirtschaftsbereich. Eine Schutzerweiterung auf Bereiche, zu denen die an der Marke interessierten Kreise gar nicht gehören, ließe sich so nicht rechtfertigen, da dann gar keine Verwässerungsgefahr bestehen würde. Des weiteren mißachtet der Schutz der berühmten Marke gesetzliche Wertungen und Bestimmungen[8]). Wie noch in Kap.3 zu begründen sein wird, genügt VG nur

---

1) Vgl. von der Osten S.84. 2) BGHZ 19,23(27). 3) BGHZ 28,320(327).
4) S.127 ff., 133 ff., 137 ff., 141 ff. insbes. 144 f.
5) S.144. 6) S.145. 7) Zitat S.143.
8) Vgl. dazu BGHZ 15,107(112) Koma; BGHZ 19,23(27) Magirus; BGHZ 28,320 (327/328) Quick.

innerhalb der beteiligten Kreise nicht zur Rechtfertigung einer solchen Durchbrechung. Deshalb ist der herrschenden Lehre zuzustimmen, die im Anschluß an die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Bekanntheit über den spezifischen Abnehmerkreis hinaus verlangt [1]. Diese Auffassung vertreten im Grunde auch diejenigen, die allein auf die Intensität der VG bzw. ihre Verankerung im Bewußtsein des Verkehrs abstellen [2]. Diese "psychische" Intensität der VG ist nämlich regelmäßig die Folge einer besonders umfassenden Bekanntheit innerhalb weitester Bevölkerungskreise. Eine Ausnahme gilt nur da, wo die Bekanntheit auf einer schlagartigen Großwerbung beruht. Dementsprechend verlangt auch der Bundesgerichtshof [3], daß das Zeichen sich kraft langen Gebrauc und umfassender Werbung in stärkstem Maße als Kennzeichnungsmittel durchgesetzt habe.

Damit ist freilich nicht geklärt, in welchem Ausmaß sich die berühmte Marke innerhalb der Gesamtbevölkerung durchgesetzt haben muß. Der Bundesgerichtshof umschreibt diesen Bekanntheitsgrad mit "über die Abnehmer hinaus allgemein bekannt" [4] und "weithin bekannt" [5]. Daneben spricht er von Kennzeichen von "überragender VG" [6], die er jedoch mit den "über die Abnehmerkreise hinaus allgemein bekannten Kennzeichen" gleichsetzt [7].

Auch in der Lehre [8] wird der notwendige Bekanntheitsumfang meist so unscharf umschrieben, daß Reimer [9] feststellen konnte, die Versuche zu einer Begriffsbestimmung der berühmten Marke hätten bisher zu keinem endgültigen Ergebnis geführt. Eine Ausnahme bildet in diesem Zusammenhang nur Becher [10], der fordert, daß "eine Marke ohne Rücksicht auf den Abnehmerkreis, auf Freund und Feind, Alter und Jugend, Bevölkerungsschichten oder Bildungsstufen eines Hoheitsgebiets bekannt ist".

---

1) Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 91; von der Osten S. 84; Becher GRUR 1951, 489(490); weitere Nachweise bei Elsaesser S. 129 ff.

2) Friedrich JR 1951, 314(316); Ulmer ZHR 114, 49; Troller Prop. Ind. 1953, 75 f.

3) BGHZ 15, 107(112) Koma; BGH LM § 11 WZG Nr. 5 Triumph.

4) BGHZ 19, 23(27) Magirus; BGH LM § 5 WZG Nr. 4 Ankerzeichen.

5) BGHZ 15, 107(112/113) Koma; BGH LM § 12 BGB Nr. 20 Technika; BGHZ 28, 320(327) Quick.

6) BGHZ 19, 23(27) Magirus; BGH LM § 31 WZG Nr. 16 Venostasin; BGH LM § 2 WZG Nr. 25 Eucerin; BGHZ 21, 85(92) Spiegel; BGH GRUR 1960, 550(552) Promonta.

7) BGHZ 28, 320(327) Quick.

8) Vgl. die Nachweise bei Elsaesser S. 129 ff.

9) S. 244.

10) GRUR 1951, 489(490) Zitat.

Entsprechend der Anlage dieses Kapitels als einer reinen Bestandsaufnahme soll hier diese Frage nicht weiter verfolgt werden, sondern der Beantwortung in Kap.3 vorbehalten bleiben.

b) Die Verwässerungsgefahr

Die Bestimmung der Verwässerungsgefahr hängt von der Entscheidung darüber ab, wie intensiv die Marke im Bewußtsein der Bevölkerung verankert sein muß, um "berühmt" zu sein. Begnügt man sich, wie Ulmer [1] und Troller [2], mit einem unbestimmten Bekanntheitsgefühl, nämlich der Vorstellung, hier handle es sich wohl um eine Bezeichnung einer Ware von besonderer Qualität, so kann Verwässerung nichts anderes als "Rufausnutzung" sein: Der Verbraucher wird auf Grund dieses Bekanntheitsgefühls zum Kauf der mit gleichen oder verwechslungsfähigen Zeichen gekennzeichneten Waren veranlaßt [3]. Verwässerung ist deshalb hier Nutznießung am Ruf einer bekannten Marke (Troller) [4]. Ulmer spricht deshalb folgerichtig von "Verwechslungsgefahr im weiteren Sinne" [5].

Anders die herrschende Lehre [6]. Sie verlangt, daß die Marke zu einem Begriff für eine bestimmte Ware aus einem bestimmten Unternehmen oder zur Kennzeichnung eines bestimmten Unternehmens geworden ist, d.h. daß sich die Bevölkerung beim sinnlichen Erfassen der Marke sofort eine bestimmte Warenart aus einem bestimmten Unternehmen bzw. ein bestimmtes Unternehmen selbst vorstellen kann, ohne daß in konkreto eine Sachbeziehung vorliegt [7]. Die berühmte Marke ist also ein "Gattungsbegriff mit Herkunftsfunktion" [8]. Verwässerungsgefahr bedeutet dann, daß diese Verbindung Marke - bestimmte Ware bzw. bestimmtes Unternehmen "in Gefahr" ist. Durch das Auftauchen identischer Zeichen auf anderen Warengebieten verliert die berühmte Marke ihren eindeutigen Begriffsinhalt: Die Bevölkerung ist gezwungen, zwischen den neuen Zeichen und der berühmten Marke zu unterscheiden. Sie fragt sich bei der Nennung der Marke: was ist nun gemeint? Hefermehl drückt diesen Vorgang folgendermaßen aus: "Es tritt gewissermaßen eine Vorstellungsspaltung ein,

---

1) ZHR 114,49.
2) Prop.Ind. 1953,75,77.
3) Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.90.
4) Prop.Ind. 1953,74,78.
5) Ulmer ZHR, 114,49.
6) Becher GRUR 1951,489(490); Elsaesser S.143 f.; Friedrich JR 1951,314(316); Mayer GRUR 1953,277(279); von der Osten S.84; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.537, anders wohl in Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm.90.
7) von der Osten S.84.
8) Elsaesser S.91 Zitat.

die die Kennzeichnungs- und Werbekraft der bis dahin allein bekannten Marke beeinträchtigt" [1].

Eine solche Verwässerungsgefahr besteht freilich nur dann, wenn identische oder scheinbar identische Zeichen auftauchen. Da die berühmte Marke im Verkehr genau bekannt ist, genügen schon geringe Abweichungen in der Gestaltung der anderen Zeichen, um die Verwässerungsgefahr auszuschließen [2].

§ 6: Der räumliche Schutzbereich der gewerblichen Kennzeichen und der Einfluß der VG

Der räumliche Schutzbereich bestimmt das Gebiet, innerhalb dessen ein Zeichen gegenüber einem anderen (jüngeren) Zeichen, das in seinen sachlichen Schutzbereich eingedrungen ist, geschützt ist.

I. Bei den Unternehmenskennzeichen bestimmt die Verwechslungsgefahr den räumlichen Schutzbereich [3].

Verwechslungsgefahr ist auch hier die (zeitlich) naheliegende Möglichkeit, daß das Zeichen in beteiligten Kreisen bekannt wird und daß diese dann durch ähnliche Zeichen zu Irrtümern veranlaßt werden.

Das bedeutet hier: in räumlicher Hinsicht reicht der Schutz einer Unternehmensbezeichnung bis in die Gebiete, in denen sie - voraussichtlich - bald bekannt sein wird, er erstreckt sich also auf ein einheitliches Wirtschaftsgebiet [4].

---

1) Hueck-Festschrift S.537 Zitat.
2) BGHZ 19,23(31) Magirus; BGH LM § 24 WZG Nr.25 Eucerin; BGHZ 28,320 (328) Quick; Mayer GRUR 1956,277(280).
3) Das ist von der Rechtsprechung nicht klar ausgesprochen worden, ergibt sich jedoch aus den Ausführungen des BGH im BGHZ 11,214(219) KfA; im Ergebnis ebenso Schramm, Grundlagen S.217, der Unternehmensbezeichnungen Schutz im ganzen Bundesgebiet gibt, Einschränkungen jedoch aus dem Gesichtspunkt des Rechtsschutzbedürfnisses vornimmt.
4) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.32.

Dessen Größe wird durch die Struktur des Unternehmens, seine Absatzstreuung und dergl. bestimmt[1]. Demnach beschränkt sich der Schutz eines Unternehmensbezeichnung, die nicht schon von Natur aus Unterscheidungskraft und Namensfunktion hat, auf die Gebiete, in denen sie tatsächlich als Unternehmensbezeichnung bekannt geworden ist[2]. Denn bei ihr kann man davon ausgehen, daß sie nicht so schnell bekannt werden wird, daß man von Verwechslungsgefahr im obigen Sinne sprechen könnte. So erhält die Bezeichnung KfA mangels ursprünglicher Namensfunktion nur Schutz innerhalb des Gebietes, in dem sie sich durchgesetzt hat[3].

Da jedermann weiß, daß gleichlautende Gaststättenbezeichnungen in verschiedenen Orten bestehen, ohne daß man deshalb auf den gleichen Inhaber oder organisatorische Beziehungen schließen könnte, erhält eine Gaststättenbezeichnung nur Schutz innerhalb eines bestimmten Ortes[4]. Dies gilt jedoch nicht für Unternehmen, die strukturell darauf angelegt sind, Gaststätten als Filialbetriebe über das ganze Bundesgebiet zerstreut zu betreiben[5].

II. Der räumliche Schutz der Ausstattung erstreckt sich allein auf den Bereich, in dem sie bekannt geworden ist. Die Größe des Schutzbereichs wird durch den räumlichen Umfang der VG bestimmt[6].

III. Der räumliche Schutzbereich eines Warenzeichens erstreckt sich auf das ganze Bundesgebiet[7]. Dies ergibt sich aus der rechtsverleihenden Wirkung der Registereintragung und ist seit RGZ 118,81 unstreitig.

---

1) BGHZ 24,238(243) Tabu I.
2) BGHZ 11,214(219/220) KfA; Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.33.
3) BGHZ 11,214(219/220) KfA.
4) RGZ 171,30(35) am Rauchfang; RG JW 1937,313 Rheinische Winzerstuben; BGHZ 24,238(243) Tabu I.
5) BGHZ 24,238(243) Tabu I.
6) RGZ 172,49(60) Siemens; Baumbach-Hefermehl Einl. WZG Anm.9 u. WZG § 25 Anm.55; Tetzner WZG § 25 Anm.31; Schramm, Grundlagen S.215; Ulmer ZHR 114,44; anders BGH LM § 23 UWG Nr.2 Regensburger Karmeliter-geist; zu diesem Urteil siehe unten S. 71.
7) Baumbach-Hefermehl Einl. WZG Anm.8 u. WZG § 1 Anm.6; Tetzner WZG § 15 Anm.5; Schramm, Grundlagen S.215.

§ 7: Verminderung des Kennzeichenumfangs und Verlust des Kennzeichenschutzes durch Verringerung bzw. Verlust der VG

I. Die Zeichenschwächung [1)]

1. Begriff: Oben auf S. 52 f. wurde ausgeführt, daß es neben der unerlaubten Teilhabe an einer bekannten Marke durch die Verwendung von verwechslungsfähigen Zeichen auch einen Angriff auf die VG des Zeichens selbst gibt, wobei das bekannte Zeichen seinen, bei den beteiligten Kreisen eindeutigen Begriffsinhalt verliert; der Verbraucher beginnt zu unterscheiden.

Neben diesem "Angriff" auf den Begriffs- oder Werbewert eines Zeichens (der Verwässerung) gibt es auch einen "Angriff" auf seinen Schutzumfang, die sogenannte "Schwächung". Diese Schwächung beruht in etwa auf folgendem Vorgang: Innerhalb des Warengebiets bzw. Tätigkeitsbereichs eines Kennzeichens geraten ähnliche Zeichen in Verkehr. Die erste Reaktion der Verbraucher als der beteiligten Kreise wird in der Regel darin bestehen, daß sie die Zeichen verwechseln. Der Ruf des bereits bekannten Zeichens kommt so den Inhabern der später aufkommenden Zeichen zugute. Unternimmt der Inhaber des bekannten Zeichens nichts gegen derartige Schmarotzer, so greifen die beteiligten Kreise zum "Selbstschutz": sie lernen zwischen den einzelnen Zeichen zu unterscheiden. Als Unterscheidungsmerkmal kann hier nicht, wie bei der Verwässerung, die Warengattung dienen, sondern es kommen nur die oft geringen Unterschiede in der Gestaltung der einzelnen Zeichen in Frage. Die Folge ist, daß der auf dem Prinzip der Verwechslungsgefahr oder richtiger: ihres Ausschlusses aufgebaute sachliche Schutzbereich des bekannten Zeichens eingeschränkt wird. Da der Schutzbereich der im Verkehr bekannten Zeichen durch die VG bestimmt wird, handelt es sich demnach auch hier um einen Angriff auf die VG des Zeichens; sie wird verringert. Bei Zeichen, die noch keine VG erlangt hatten, wird die "Aussicht", eine VG mit "Breitenwirkung" zu erlangen, beeinträchtigt.

2. Die Voraussetzungen der Zeichenschwächung

Der Bundesgerichtshof [2)] betont, daß stets im Einzelfall geprüft werden müs

---

1) Darüber insbesondere Rüffer GRUR 1961,214 ff.; Reimer GRUR 1931,458 ff. Tetzner WZG § 31 Anm.44.

2) BGH LM § 31 WZG Nr.1 Störche; BGH LM § 24 WZG Nr.5 Gumax-Gumaso BGH GRUR 1954,192(193) Dreikern; BGH LM § 24 WZG Nr.10 Arctuvan; BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor; BGH LM § 15 WZG Nr.13 Troika; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BGH GRUR 1956,179(180) Ettaler; BGHZ 19,36

se, ob der Schutzumfang auch tatsächlich durch die Differenzierung der Abnehmer verringert wurde [1]. Die nachgenannten Voraussetzungen der Zeichenschwächung können deshalb nur Anhaltspunkte für das Vorliegen einer Schwächung sein.

Auszugehen ist stets davon, daß der Verkehr gezwungen sein muß, auf kleinere Unterschiede zwischen dem "geschwächten" Zeichen und den sonstigen, im Verkehr befindlichen Zeichen, den "Vergleichszeichen" zu achten [2]. Daraus folgt:

a) Als Vergleichszeichen kommen nur Zeichen mit VG in Betracht [3].

b) Die Benutzung der Vergleichszeichen muß einen bestimmten Umfang erreicht haben. Nur ein oder einige wenige Vergleichszeichen vermögen keine Schwächung herbeizuführen [4].

c) Wie groß der Benutzungsumfang, besser wohl die Anzahl der Vergleichszeichen und deren VG, sein muß, richtet sich nach der Stärke der VG des zu "schwächenden" Zeichens. Je bekannter dieses im Verkehr ist, desto weniger werden die beteiligten Kreise bereit sein, beim Auftauchen ähnlicher Zeichen Differenzierungen vorzunehmen [5].

d) Die Vergleichszeichen müssen im "Verwechslungsbereich" des geschwächten Zeichens liegen [6]. Der Bundesgerichtshof begnügt sich in neueren Entscheidungen damit, daß sie im "Ähnlichkeitsbereich' aufkommen [7]. Ob das richtig ist, scheint fraglich. Nur dann, wenn der Verkehr Gefahr läuft, zu

---

(379) W 5; BGH LM § 31 WZG Nr.17 Astra; BGH GRUR 1957,275(276) Starrevue; BGH LM § 16 UWG Nr.30 Dt.Illustrierte; BGH LM § 31 WZG Nr.28 Opal; BGH LM § 31 WZG Nr.31 Sunpearl II; BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.

1) BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl 1.
2) BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl 1; BGH LM § 24 WZG Nr.10 Arctuvan.
3) BGH GRUR 1954,192(193) Dreikern; BGH LM § 31 WZG Nr.17 Astra; BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor.
4) BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.
5) BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BGH GRUR 1956,179(182) Ettaler.
6) BGH GRUR 1954,192(193) Dreikern; BGH LM § 16 WZG Nr.1 Luxor; BGH LM § 24 WZG Nr.10 Arctuvan; vgl. auch Rüffer GRUR 1961,216.
7) Andeutungsweise in BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl I; BGH LM § 31 Nr.17 Astra; eindeutig in BGH GRUR 1956,179(182) Ettaler.

verwechseln, wird er gezwungen, auf feine Unterschiede zu achten [1]. Das hat mit dem Ähnlichkeitsbereich, der bei Defensivzeichen eine Rolle spielt, nicht zu tun. Eine Begründung für seine Ansicht gibt der Bundesgerichtshof denn auch nicht.

e) Die beteiligten Kreise müssen die Vergleichszeichen im "sachlichen Zusammenhang" [2] mit den geschwächten Zeichen sehen. Das ist dann der Fall, wenn sie auf einem gleichen oder benachbarten, nicht deutlich trennbaren Warengebiet liegen und sich deshalb nach den Gewohnheiten des täglichen Verkehrs einander so nahe kommen, daß das Publikum unterscheiden muß [3].

f) Die Vergleichszeichen müssen sich eine gewisse Zeit lang auf dem Markt befinden, denn erst dann geht das Publikum von der Verwechslung zur Unterscheidung über [4].

3. Die Folge der Schwächung. Der Zeichenschutz wird sich infolge der Schwächung in der Regel auf den Schutz des Zeichengegenstandes gegenüber identischen Zeichen beschränken. Gegen diese Schwächungen kann sich der Zeicheninhaber nur durch sofortiges Vorgehen gegen jedes verwechslungsfähige Zeichen wehren. Duldet er das Aufkommen verwechslungsfähiger Zeichen, so hat das eine absolut wirkende "Schutzbeschränkung" [5] zur Folge, die nicht nur gegenüber den "schwächenden" Zeichen besteht, sondern auch gegenüber neu hinzukommenden Kennzeichen [6]. Entwickelt sich das zunächst nur geschwächte Zeichen infolge der Untätigkeit des Zeicheninhabers zu einer Gattungsbezeichnung, so geht die Schutzbeschränkung in einen Verlust des Kennzeichens über [7].

4. Abwehrmöglichkeiten des Zeicheninhabers. Nimmt man an, daß lediglich die im Verwechslungsbereich liegenden Zeichen den Schutzumfang eines Kennzeichens verringern, so kann der Zeicheninhaber gegen solche Zeichen, die für ihn eine "Schwächungsgefahr" bedeuten, stets auf Grund seines Zeichens vorgehen. Anders ist die Rechtslage vom Standpunkt des Bundesgerichtshofs [8], der davon ausgeht, daß auch im Ähnlichkeitsbereich liegende Zeichen schwächen können. Er muß das untragbare Ergebnis, daß ein Zeichen gegen Schwächungen

---

1) Rüffer GRUR 1961,216.
2) Dieser Ausdruck stammt von Rüffer GRUR 1961,215.
3) BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp; BGH LM § 31 WZG Nr.8 Sunpearl.
4) Rüffer GRUR 1961,215.
5) BGH LM § 24 WZG Nr.10 Arctuva
6) BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.
7) Siehe unten S. 63 ff.
8) BGH GRUR 1956,179(182) Ettaler.

nicht generell geschützt ist, mit dem "Selbstverschulden" des Zeicheninhabers begründen. Dieser habe, so führt er aus, es sich selbst zuzuschreiben, da er ein so "naheliegendes" Zeichen gewählt habe [1].

Dieser Auffassung kann nicht zugestimmt werden. Sie verkennt, daß die Rechtsordnung dem Zeicheninhaber gegen die Verringerung des Zeichenrechts Abwehrbefugnisse verleiht. Es ist nicht einzusehen, daß diese durch das "Selbstverschulden" des Zeicheninhabers ausgeschlossen werden sollen.

II. Der Verlust des Zeichenrechts

1. Durch Entwicklung zur Gattungsbezeichnung [2]

Mit wachsender Bekanntheit eines Kennzeichens wird die psychisch begründete Verbindung zwischen der bezeichneten Ware und dem Zeichen enger. Dies führt etwa bei der berühmten Marke dazu, daß das Zeichen die Ware des Unternehmens "surrogiert"; der Verkehr denkt beim Anblick des Zeichens sofort an die Ware aus dem betreffenden Unternehmen. Besteht das Zeichen aus einer Begriffsbildung, so ergibt sich die Möglichkeit, daß der Verkehr "vergißt", daß diese Ware aus einem bestimmten Unternehmen stammt; das Zeichen wird dann als Namen für diese Ware benützt [3].

Diese Entwicklung ist insbesondere dann schwer aufzuhalten, wenn es sich zunächst um eine völlig neue Warengattung handelt, die - etwa unter Patentschutz stehend - anfänglich nur von einem Unternehmen hergestellt und unter einem Wortzeichen in den Verkehr gebracht wurde. Der Verkehr bedient sich dann nach und nach des Wortzeichens zur Benennung der neuen Warenart. Allmählich verliert das Zeichen in den Augen des Verkehrs jede Beziehung zu einem bestimmten Unternehmen, es wird Warenname, oder besser Gattungsbezeichnung. Diese Entwicklung wird noch begünstigt, wenn das Zeichen von Konkurrenten aufgegriffen und zur Bezeichnung derselben Ware oder Warengattung verwendet wird.

So ist etwa das Wortzeichen Nylon zu einem Gattungsbegriff für Damenstrümpfe aus Kunstfaser geworden. Eine ähnliche Entwicklung haben die Zeichen Cellophan, Vaseline, Grammophon und Plexiglas durchgemacht.

---

1) BGH LM § 24 WZG Nr. 25.

2) Vgl. dazu Storckebaum NJW 1952, 643 ff.; von der Osten S. 70 ff.; Bußmann, Name S. 137 ff.; Ulmer ZHR 114, 54 u. WZ u. unl. Wb. S. 28 ff.; Reimer S. 277 ff.

3) Storckebaum NJW 1952, 643.

Hat sich ein ursprünglich geschütztes Kennzeichen zu einem derartigen Gattungsbegriff entwickelt, so hat sein Inhaber keinerlei Möglichkeit, die Benutzung durch andere Unternehmer zu verhindern [1]. Er wird demnach alles in seiner Macht stehende tun, um eine derartige Entwicklung zu verhindern. Dabei ist ihm die moderne Reklame eine wertvolle Hilfe. Mit ihren Methoden hämmert er den beteiligten Kreisen immer wieder die "Unternehmensbezogenheit" des Zeichens ein. - Diesen neuentwickelten Reklamemethoden ist wohl auch die Tatsache zuzuschreiben, daß der Bundesgerichtshof, ganz anders als das Reichsgericht [2], sich noch nicht mit der Entwicklung eines Kennzeichens zum Gattungsbegriff, zum Warennamen, beschäftigen mußte. -

Die Bedeutung der Anschauung der beteiligten Kreise in diesem Zusammenhang ist augenscheinlich. Von unserem Thema her muß deshalb der Entwicklung eines Zeichens zum Warennamen noch näher nachgegangen werden.

a) Die Entwicklung eines eingetragenen Warenzeichens zum Warennamen. Das Reichsgericht anerkannte die Umwandlung eines eingetragenen Zeichens zum Warennamen nur in den seltensten Fällen. Ausschlaggebend dafür war die Erwägung, daß gerade die wertvollsten Zeichen die Tendenz hätten, sich zum Warennamen zu entwickeln. Nur unter strengen Voraussetzungen sei es daher zulässig, aus einer solchen Tendenz sachliche Folgerungen in Richtung auf einen Ausschluß des Zeichenschutzes zu ziehen; eine solche Umwandlung könne rechtlich erst anerkannt werden, wenn a l l e beteiligten Kreise in den Zeichen nur mehr eine Gattungsbezeichnung sähen [3]. Unter "beteiligten Kreisen" verstand das Reichsgericht in Abweichung von der oben [4] dargestellten Ansicht hier auch und gerade die H ä n d l e r [5]. Solange sie - und seien es auch nur die Kunden des Zeicheninhabers - an dem Zeichen als Warenbezeichnung festhielten, könne eine solche Umwandlung nicht angenommen werden [6]. Auf die Auffas-

---

1) Ob er gegen den f i r m e n m ä ß i g e n Gebrauch seines zum Warennamen geworden Schlagworts vorgehen kann, mag dahingestellt bleiben. Dafür: Bußmann, Name S. 137; ebenso wohl auch BGH GRUR 1955, 95(96) Buchgemeinschaft I.

2) Aus der Rspr. des RG etwa: RGZ 69, 310 Liberty; RGZ 73, 229 Vaseline; RGZ 79, 292 Danziger Goldwasser; RGZ 100, 3 Antiform; RGZ 100, 182 Gervais; RGZ 108, 8 Saccharin; RGZ 110, 339 Talquist; RGZ 117, 408 Lysol; RG GRUR 1935, 566 Roquefort; RG GRUR 1939, 801 Kaffee Hag.

3) RGZ 108, 8(12) Saccharin; RGZ 100, 182(184) Gervais; RGZ 110, 339(341) Talquist; RGZ 117, 408(413) Lysol; RG GRUR 1939, 801(803) Kaffee Hag.

4 S. 7 f.

5 RGZ 117, 408(414) Lysol; RGZ 108, 8(13) Saccharin; RGZ 110, 339(341) Talquist.

6 RG GRUR 1929, 1046(1047) Qualität 18 812; RGZ 110, 339(341) Talquist.

sung der Verbraucher allein könne es nicht ankommen, da diese bei bekannten Marken nur zu leicht geneigt seien, sie als Gattungsbezeichnung anzusehen [1].
Maßgebend sei daher allein, ob das Zeichen überhaupt noch VG habe oder ob es sie allgemein verloren habe [2].

Dem kann nicht zugestimmt werden: Der Schutz des eingetragenen Zeichens beruht nicht auf der VG, sondern auf der Registereintragung. Ob das Zeichen noch VG hat, kann demnach nicht entscheidend sein. Der Grund, weshalb der Zeichenschutz weggefallen ist, liegt vielmehr darin, daß die Bevölkerung in den Zeichen nicht eine Warenbezeichnung, sondern einen Warennamen sieht, dessen sie sich im allgemeinen Sprachgebrauch bedient. Hier spielt sich - unter umgekehrten Vorzeichen - ein ähnlicher Vorgang wie bei der berühmten Marke ab. Bei dieser wird infolge größter Bekanntheit in der Bevölkerung der Zeichenschutz contra legem erweitert; hier wird der gesetzliche Zeichenschutz aberkannt, da sich die Bevölkerung des Zeichens zur Benennung einer bestimmten Warengattung bedient. In diesem Zusammenhang kann die Ansicht der Händler lediglich einen indiziellen Hinweis geben; wenn sogar die Händler in den Zeichen nur noch einen Warennamen, eine Gattungsbezeichnung sehen, so wird man annehmen können, daß das Zeichen in den Sprachgebrauch der Bevölkerung als Bezeichnung für eine Ware bestimmter Gattung eingegangen ist.

Von diesem Standpunkt aus ist jetzt auch eine Stellungnahme zu der Rechtsprechung des Reichsgerichts möglich, wonach ein eingetragenes Warenzeichen sich nicht zum Freizeichen entwickeln und damit schutzunfähig werden könne [3].

Faßt man das Freizeichen als minus gegenüber der Gattungsbezeichnung auf, d.h. als Zeichen, das lediglich ungehindert von einer Anzahl von Gewerbetreibenden benutzt wird, ohne daß es Gattungsbezeichnung ist [4], so ist der Ansicht des Reichsgerichts zuzustimmen. Die bloße Tatsache, daß auch andere Gewerbetreibende das Zeichen benutzen, kann als solche keinen Verlust des Zeichenschutzes bewirken, sondern lediglich zu einer Verwirkung der An-

---

1) RGZ 108,8(12) Saccharin; RGZ 117,408(414) Lysol.
2) RGZ 110,339(341) Talquist; RGZ 108,8(12 f.) Saccharin.
3) RGZ 73,229(230) Vaseline; RG GRUR 1926,222(223) Schuhhof; Reimer S. 33 m.w.N.
4) Vgl. BGH LM § 4 WZG Nr.1 Forellenzeichen; BGH LM § 11 WZG Nr.3 Raiffeisensymbol. Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.12 u. Reimer S.34 sind allerdings der Ansicht, man könne zwischen Freizeichen und Gattungsbezeichnung nicht unterscheiden. Dabei gehen sie jedoch ersichtlich (vgl. Reimer S.34) von einem anderen Begriff des Freizeichens aus.

sprüche des Zeicheninhabers gegenüber einzelnen Benutzern führen.

Die ungehinderte Benutzung des Zeichens durch andere Unternehmer kann jedoch die Entwicklung zur Gattungsbezeichnung beschleunigen. Die Bevölkerung sieht, daß das Zeichen von mehreren Unternehmern zur Bezeichnung derselben Warengattung benutzt wird. Dadurch wird sie geradezu "animiert", mit diesem Zeichen die Warengattung zu benennen.

Das Reichsgericht hat dies jedoch nicht als eine Umwandlung zur Beschaffenheitsangabe gelten lassen, da die Benutzung durch andere Unternehmen widerrechtlich sei, die Verkehrsauffassung also auf Grund eines widerrechtlichen Ak entstanden sei[1].

Dieser Ansicht kann nicht zugestimmt werden. Es kommt allein auf die Auffassung der Bevölkerung an[2].

b) Für Kennzeichen, deren Schutz auf der Tatsache bloßer Benutzung beruht, wie den unterscheidungskräftigen Unternehmensbezeichnungen, gilt da unter a) Gesagte entsprechend. Durch die Umwandlung zur Gattungsbezeichnu verlieren sie ihre Unterscheidungskraft und werden daher schutzlos[3].

2. Verlust des Zeichenrechts durch Erlöschen der VG. Ausstattung, nich unterscheidungskräftige Schlagworte und Geschäftsabzeichen, deren rechtliche Schutz auf der Kenntnis beteiligter Kreise, der VG, beruht, werden schutzunfä hig, wenn sie ihre VG verloren haben.

a) Die Umwandlung in einen Warennamen, in eine Gattungsbezeichnung, hat hier insofern eine Bedeutung, als dadurch eine früher vorhandene VG erlischt. Im Gegensatz zu den Kennzeichen, deren Schutz nicht auf der VG be ruht, genügt es hier, daß sich die Umwandlung zum Warennamen innerhalb be teiligter Kreise vollzieht, da hierdurch die VG, die auf den Anschauungen beteiligter Kreise beruht, verloren geht[4].

b) Die VG kann ferner auch dadurch erlöschen, daß das Zeichen eine gewisse Zeitlang nicht benutzt wurde und so von den beteiligten Kreisen vergessen wurde[5]. Hinsichtlich der hierzu notwendigen Zeitdauer kommt es vor allem auf die frühere Stärke der VG und auf die Gründe an, die für die Nichtbenutzer ausschlaggebend waren.

---

1) RGZ 73,229(230) Vaseline; RG GRUR 1926,222 Schuhhof.
2) Baumbach-Hefermehl WZG § 4 Anm.14; so auch das RG bei der Umwandlung eines Unternehmenskennzeichens zur Gattungsbezeichnung: RGZ 69,31
3) RGZ 69,310(311) Liberty.
4) von der Osten S.71.
5) von der Osten S.72; Furler, Besitz S.31.

§ 8: Die schutzerhaltende Funktion der VG bei Kennzeichen, deren Schutz auf der Ingebrauchnahme beruht [1)]

Die Unternehmenskennzeichen werden bekanntlich, soweit sie Namensfunktion haben und unterscheidungskräftig sind, von der Ingebrauchnahme ab geschützt. Der Schutz beruht also auf der bloßen Benutzung im geschäftlichen Verkehr.

Logischerweise erlischt demnach der Zeichenschutz, wenn die Kennzeichen nicht mehr gebraucht werden [2)], etwa infolge Betriebsstillegung. Dabei kommt es nicht auf die Gründe an, die den Betriebsinhaber dazu zwangen, den Betrieb stillzulegen.

Dies gilt nur dann nicht, wenn der Betrieb lediglich vorübergehend stillgelegt wurde [3)].

In der Nachkriegszeit wurden nun oft gerade die bekanntesten Unternehmen infolge alliierter Anordnungen oder sonstiger Umstände jahrelang stillgelegt. Es ergibt sich die Frage, ob diese Unternehmen den Schutz aller ihrer Unternehmenskennzeichen verloren haben. Zur Lösung dieses Problems ist die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs von der Erwägung ausgegangen, es komme auf die Auffassung des Verkehrs an, ob die Betriebsstillegungen nur als vorübergehend anzusehen sei. Wenn die Unternehmenskennzeichen VG gehabt hätten, so sei je nach dem Grad der VG auch eine langdauernde Stillegung "zeichenrechtlich" nur als "vorübergehende" anzusehen [4)]. Die bekanntesten Kennzeichen seien den beteiligten Verkehrskreisen derart nachhaltig im Gedächtnis geblieben, daß sie auch aus einer längeren Unterbrechung (u.U. 13 Jahre) nicht den Schluß auf einen Untergang des Unternehmens und damit auf den Verlust der Unternehmenskennzeichen gezogen hätten [5)]. Dies gelte umso mehr, als die beteiligten Kreise die besondere Lage der Nachkriegszeit entsprechend würdigten.

Das Ergebnis ist interessant: Der Schutz des Unternehmenskennzeichens beruht zwar nicht auf VG. Hatte es jedoch eine starke VG errungen, so spielt für seinen Schutz auch eine länger dauernde Nichtbenutzung keine Rolle, wenn die

---

1) Dazu Ulmer GRUR 1951,357.
2) Baumbach-Hefermehl UWG § 16 Anm.107; RGZ 170,265(274 f.) Hä; BGH GRUR 1956,172(175 f.) Magirus; BGH LM § 16 UWG Nr.39 Nußknacker; BGH GRUR 1957,428(430) Bücherdienst.
3) BGHZ 21,66(76) Hausbücherei.
4) BGH LM § 16 UWG Nr.39 Nußknacker; vgl. auch schon BGHZ 21,66(74) Hausbücherei; BGH GRUR 1956,376(377) Berliner Illustrierte.
5) BGH LM § 16 UWG Nr.40a Astra.

Gründe dafür allgemein einleuchtend waren.

Demnach begründet die VG hier zwar nicht den Kennzeichenschutz, sie ve hindert aber sein Erlöschen.

§ 9: Bestimmung des Zeitpunkts, in dem die VG des Kennzeichens vorliegen muß

In den bisherigen Ausführungen wurde dargelegt, daß die VG ihre Wirkung vor allem bei der Begründung, Erweiterung und Erhaltung des Zeichenschutzes entfaltet. Es wurde bis jetzt offengelassen, in welchem Zeitpunkt ein Zeichen das gegenüber verletzenden Zeichen Schutz begehrt, (sog. Klagezeichen), VG haben muß [1]. Diese Feststellung ist besonders bedeutsam, da die VG naturgemäß starken Schwankungen ausgesetzt sein kann.

I. Begehrt das Klagezeichen Schutz gegenüber Bezeichnungen, die ihrerseits keinen Zeichenschutz (die Rechtsprechung spricht mißverständlich von "Sonder schutz" [2]) haben, da sie weder als Warenzeichen eingetragen, noch Ausstattung sind und auch nicht als Unternehmenskennzeichen nach §§ 12 BGB, 16 I UWG geschützt sind, bereitet diese Feststellung keine Schwierigkeiten. Es genügt, wenn die notwendige VG (als Voraussetzung oder Erweiterung des Schutz im Augenblick der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vo liegt [3].

II. Schwieriger ist die Lage dann, wenn das "verletzende" Kennzeichen seinerseits zeichenrechtlich geschützt ist. Die Lösung ergibt sich hier aus dem Prioritätsgrundsatz [4]; in ihm sieht die Rechtsprechung den nahezu allein ausschlaggebenden Gesichtspunkt zur Lösung des Interessenkonflikts zwischen zwei

---

1) Siehe dazu insbes. Schramm, Grundlagen S.322 ff.
2) BGHZ 21,85(94) Spiegel.
3) Schramm, Grundlagen S.324.
4) Vgl. dazu Hubmann AcP 155,85(111 ff.).

Zeicheninhabern [1]. Maßgebend ist allein die Früherberechtigung des Klagezeichens, um den Zeichengebrauch des anderen als unbefugt, als rechtswidrig zu deklarieren [2]. Dies gilt selbst dann, wenn - wie der Bundesgerichtshof einmal entschieden hat [3] - das Zeichen des "prioritätsjüngeren" Wettbewerbers viel wertvoller und bekannter ist. Der Sachverhalt, den der Bundesgerichtshof zu entscheiden hatte, lag folgendermaßen: eine bekannte Waschmittelfirma hatte mit Hilfe einer riesigen Reklame ihr Zeichen "Wipp" innerhalb weniger Tage bekanntgemacht; dadurch wurde das ältere Zeichen "Wit" in seinem Schutzbereich angegriffen. Der Bundesgerichtshof führt aus, daß die Anträge des Inhabers des Zeichens "Wit" auf Unterlassung und Löschung auf Grund seiner Priorität in vollem Umfang gerechtfertigt seien [4]. Auch die Anwendung des § 242 BGB führe zu keinem anderen Ergebnis, denn das Klagebegehren sei nicht etwa deshalb mißbräuchlich, weil das Zeichen der Beklagten inzwischen wirtschaftlich wertvoller geworden sei.

Von einer "Früherberechtigung" kann man jedoch nur dann sprechen, wenn das jüngere Zeichen schon im Augenblick seiner Schutzbegründung in den Schutzbereich des älteren eingreift [5]. Eine nach diesem Zeitpunkt erfolgte Schutzbereichserweiterung des älteren Zeichens ist dem jüngeren gegenüber ohne Bedeutung, weil dies sonst eine nachträgliche Schutzentziehung für das jüngere Zeichen bedeuten würde. Für die Frage, wann das Klagezeichen VG haben muß, ergibt sich sonach folgendes:

Die VG des Klagezeichens muß ihrem Bereich nach das jüngere Zeichen schon in dem Augenblick erfaßt haben, als dieses Zeichenschutz erhielt [6]. In der Zwischenzeit darf die VG des Klagezeichens nicht geschwächt worden sein, sondern muß in entsprechender Stärke bis zur letzten mündlichen Verhandlung der Tatsacheninstanz enthalten sein; auch in diesem Zeitpunkt muß das jüngere Zeichen noch in den Schutzbereich des Klagezeichens fallen. Die VG muß demnach konstant geblieben sein.

---

1) BGHZ 21,85(95) Spiegel; BGH GRUR 1958,544(547) Colonia.
2) Soergel-Siebert BGB § 12 Anm.69; Hefermehl, Hueck-Festschrift S.529.
3) BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.
4) Dies gelte selbst dann, wenn "Wit" nur ein Vorratszeichen sei. Anders Godin-Hoth UWG § 16 Anm.11i; Schramm, Grundlagen S.327; Reimer S.892, der hier den Verwirkungseinwand durchgreifen läßt.
5) BGHZ 21,85(94/95) Spiegel; BGHZ 19,23(28) Magirus; BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp.
6) BGHZ 21,85(94/95) Spiegel; BGHZ 19,23(28) Magirus; BGH LM § 1 WZG Nr.5 Wit-Wipp; BGH GRUR 1958, 141(142) Spiegel der Woche; BGHZ 34,299 (302) Almglocke; vgl. auch Baumbach-Hefermehl UWG Übers. 13 ff. vor § 16.

§ 10: Durchbrechungen des Prioritätsgrundsatzes

I. Durch Ausstattungsanwartschaft und Vorbenutzungsrecht

Die in § 9 gemachten Ausführungen lassen sich kurz folgendermaßen zusammenfassen: Die "Besserberechtigung" zwischen zwei Zeichen, die beide Zeichenschutz genießen, bestimmt sich nach dem Grundsatz der Priorität.

Ist aber nur e i n Kennzeichen rechtlich geschützt, so ist dieses stets das stärkere und sein Inhaber kann deshalb gegen alle in dem Schutzbereich seines Zeichens liegenden Kennzeichen vorgehen, die ihrerseits keinen Schutz erlangt haben, da sie den Tatbestand der Schutzvoraussetzungen nicht erfüllen, insbesondere also noch keine VG erlangt haben. Dies führt insbesondere dann zu Unzuträglichkeiten, wenn das schon länger gebrauchte, aber bisher nicht geschützte Zeichen mittels großen Aufwands an Werbemitteln unmittelbar vor der Erlangung der VG und damit des Zeichenschutzes stand. Erhält während dieser "Kampagne" ein Zeichen, in dessen Schutzbereich das ältere, "auf dem Weg zur VG befindliche" Zeichen fällt, Zeichenschutz etwa durch Registereintragung, so steht dem Inhaber des "jüngeren" Zeichens gegenüber dem "älteren" Zeichen ein Verbotsrecht zu. Gegenüber einem solchen Ergebnis erwägt man, ob nicht umgekehrt dem älteren Benutzer ein V e r b o t s r e c h t gegenüber dem jüngeren Zeicheninhaber aus dem Gesichtspunkt der sogenannten "Ausstattungsanwartschaft" oder doch wenigstens ein W e i t e r b e n u t z u n g s r e c h t , ein sogen. "Vorbenutzungsrecht" gegeben werden sollte.

1. Die Ausstattungsanwartschaft. Nach Reimer[1] wird die Ausstattungsanwartschaft, d.h. die in der Entwicklung begriffene Ausstattung als Ausschlußrecht geschützt. Diese Auffassung ist abzulehnen[2], da es hier an der für Ausschlußrechte notwendigen "Offenkundigkeit" fehlt[3]. Der Inhaber einer solchen in der Entwicklung begriffenen Ausstattung ist lediglich nach § 1 UWG gegen das unlautere Verhalten anderer geschützt. Es handelt sich hier also nur um den allgemeinen wettbewerblichen "Verhaltensschutz", keinesfalls aber um einen "Leistungsschutz"[4]. Die Bezeichnung einer solchen Entwicklungsstufe als "An

---

1) S.418 f.

2) So auch nahezu das gesamte Schrifttum; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm 70; Furler, Besitz S.32; Tetzner WZG § 25 Anm. 12; Schramm, Grundlagen S.75; Heydt GRUR 1952, 325. Der BGH lehnt in JZ 1961, 502 Dolex die Anerkennung eines solchen Ausschlußrechts implizite ab; er übergeht die Frage einfach und erörtert nur das Vorbenutzungsrecht.

3) Siehe dazu unten S. 106.

4) So die in Zif. 2 angegebene Literat

wartschaft" ist damit mindestens mißverständlich[1], da sie gar nicht "causa" eines Rechtsschutzes und damit "Rechtsgut" ist, sondern höchstens in Einzelfällen "reflektorisch" im Rahmen des allgemeinen Schutzes vor unlauterem Verhalten geschützt wird[2].

Verwandt mit der Frage, ob ein entstehendes Kennzeichnungsrecht wie das Vollrecht geschützt werden kann, ist auch die Problematik, inwieweit Kennzeichen, die im Begriff sind, ihren sachlichen oder räumlichen Schutzbereich weiter auszudehnen, schon während des "Ausdehnungsvorgangs" den Schutz des Endzustands erreichen können. Wird etwa ein sich zu einer berühmten Marke entwickelndes Zeichen schon als berühmte Marke geschützt[3]? Erhält eine Ausstattung, die bisher in einem bestimmten Gebiet VG hatte, aber alle Aussichten hat, sich auch in anderen Gebieten durchzusetzen, auch in diesen Gebieten Schutz? Der Bundesgerichtshof hat dies im Fall "Regensburger Karmelitergeist" bejaht[4]. Diese Entscheidung wurde jedoch zu Recht allgemein abgelehnt[5]. Auch diese Fragen müssen, wie noch unten zu zeigen sein wird[6], aus dem Gesichtspunkt der notwendigen "Offenkundigkeit" negativ beantwortet werden.

2. Lehnt man es ab, die "Anwartschaft" als Ausschließlichkeitsrecht zu schützen, so könnte man doch erwägen, ob nicht dem älteren Benutzer entsprechend § 7 PatG ein Recht auf Weiterbenutzung gegenüber dem Zeicheninhaber eingeräumt werden sollte[7].

Das in § 7 PatG gewährte Recht ist kein Dritten gegenüber wirkendes Ausschlußrecht; es gewährt vielmehr dem Erstbenutzer einer Erfindung nur ein Weiterbenutzungsrecht gegenüber dem Patentinhaber[8], ist also dem Bereich der relativen Rechte zuzurechnen.

Eine Übertragung dieses Rechtsinstituts in das Kennzeichenrecht kann zwar nicht wegen der mangelnden "Offenkundigkeit" der Vorbenutzung abgelehnt werden[9]. Denn das Fehlen der "Offenkundigkeit" ist auch und gerade für § 7 PatG charakteristisch[10]. Offenkundig müssen nur Ausschlußrechte sein. Eine

---

1) So aber Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 70 f.
2) Vgl. Raiser, Anwartschaftsrecht S. 9.
3) BGHZ 19, 23(28) Magirus: nein.
4) BGH LM § 23 UWG Nr. 2.
5) Tetzner WZG § 25 Anm. 31; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 55.
6) siehe unten S. 106.
7) Vgl. dazu von der Osten S. 62 ff.; Schramm, Grundlagen S. 91 f.; Spengler GRUR 1953, 160; Reimer S. 291 f.; Tetzner WZG § 3 Anm. 20 u. § 25 Anm. 35.
8) vgl. Bernhardt, Patentrecht S. 140.
9) So aber von der Osten S. 63.
10) Schramm, Grundlagen S. 92.

solche Übertragung setzt jedoch Gleichheit der Interessenlage voraus; daran fehlt es:

Im Patentrecht beruht das Vorbenutzungsrecht auf den Besonderheiten des Erfindungsschutzes. Das Patent gewährt einen auf staatlicher Verleihung beruhenden Formalschutz. Daher läßt sich eine Benachteiligung des "sachlich Ersten" nicht ausschließen. Dieses Ergebnis mildert das Patentgesetz, indem es das Ausschlußrecht des Patentinhabers dem Vorbenutzer gegenüber nicht wirksam werden läßt[1] 2).

Anders im Kennzeichenrecht: Hier ist das Formalrecht nicht die einzig mögliche Form eines Zeichenrechts, vielmehr ist das auf VG oder (bei Unternehmenskennzeichen) auf Benutzung beruhende Kennzeichenrecht dem Registerrecht gleichwertig. Gerade der Registerschutz ist im Kennzeichenrecht vor allem ein Schutz der Entwicklung eines Zeichens[3].

Es besteht demnach im Bereich des Kennzeichenrechts kein Bedürfnis für einen Entwicklungsschutz durch Zuerkennung eines Vorbenutzungsrechts[4].

II. Durchbrechung des Prioritätsprinzips durch den "wertvollen" Besitzstand"

Unter I wurden die Fälle behandelt, in denen sich eine ältere Zeichen benutzung und ein jüngeres Zeichenrecht gegenüberstanden. Hier handelt es sich um die Frage, ob unter gewissen Umständen ein jüngeres Zeichenrecht oder auch eine bloße jüngere Zeichenbenutzung sich gegenüber einem älteren Zeichenrecht behaupten kann.

Einigkeit besteht heute darüber, daß dies dann möglich ist, wenn der ältere Zeichenrechtsinhaber seine Ansprüche gegenüber dem jüngeren Zeicheninhaber

---

1) Vgl. Schramm, Grundlagen S.91 ff.

2) Ob man § 7 PatG als eine Beschränkung des Patentrechts des Inhabers oder aber als eine ein relatives Recht gewährende Rechtsnorm ansieht, soll hier nicht untersucht werden. Vgl. dazu einerseits den Wortlaut des § 7 PatG und andererseits Bernhardt, Patentrecht S.140. Das gleiche Problem stellt sich übrigens auch bei der Verwirkung.

3) Vgl. Ulmer, WZ u.unl.Wb. S.63 ff.

4) Vgl. Tetzner WZG § 25 Anm.33; von der Osten S.62 ff.; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.69; BGH JZ 1961,501 Dolex; BGH GRUR 1958,544(547) Colonia; BGH LM § 25 WZG Nr.24 Fußballstiefel; anders Spengler GRUR 1953,163; Reimer S.291 f.

verwirkt hat[1]. Voraussetzung für eine solche Verwirkung ist nach der Rechtsprechung zunächst ein sogenannter "wertvoller Besitzstand" des jüngeren Zeicheninhabers (kurz Verletzer genannt) an seinem Zeichen[2]. Man könnte geneigt sein, diesen "wertvollen Besitzstand" mit der VG zu identifizieren. Demgegenüber stellt aber die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ganz auf allgemeine, nicht dem Kennzeichenrecht entnommene Gesichtspunkte ab. Notwendig ist dieser Rechtsprechung zufolge, daß "durch eine länger dauernde redliche und ungestörte Benutzung einer Bezeichnung ein Zustand geschaffen wurde, der für den Benutzer einen beachtlichen Wert hat und ihm nach Treu und Glauben erhalten bleiben muß"[3]. Ob nun dieser wertvolle Besitzstand des Verletzers erhalten bleiben muß oder ob die Interessen des älteren Zeichenrechtsinhabers überwiegen, ergibt sich aus einer Interessenabwägung, die das Gericht unter Würdigung der besonderen Umstände des Einzelfalls vornehmen muß[4]. Gesichtspunkte, die zugunsten des Verletzers sprechen, sind insbesondere die Stärke seines Besitzstandes, eigene Redlichkeit und das Verhalten des Verletzten, der den Anschein erweckt hat, er dulde den Zeichengebrauch[5]. Sie sind jedoch nur Anhaltspunkte, die eine Wertung des Gerichts erleichtern sollen. "Normative" Kraft kommt ihnen nicht zu[6]. So kann etwa im konkreten Fall anfängliche Bösgläubigkeit des Verletzers unschädlich sein[7]. Unerläßliche Voraussetzung ist jedoch stets der "wertvolle Besitzstand", der auf einer längeren ungestörten Benutzung beruht[8].

Dabei fällt auf, daß dieses "Haben" des Verletzers den hauptsächlichen materialen Wertungsgesichtspunkt bei der Verwirkung im Bereich der Kennzeichenrechte abgibt. Im übrigen Rechtssystem beruht die Verwirkung dagegen auf einem Rechtsschein, der durch das Verhalten des Rechtsinhabers begründet

---

1) Baumbach-Hefermehl UWG Einl. 243 ff.; Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 192 ff.; Ulmer ZHR 114, 43(49); von der Osten S. 65 ff.; Furler, Besitz S. 72 ff.

2) BGHZ 1, 31(33) Störche; BGHZ 21, 66(78 f.) Hausbücherei; BGH LM § 16 UWG Nr. 5 Hoch- und Tiefbau; BGH LM § 24 WZG Nr. 40 Kosakenkaffee; BGHZ 16, 82(87) Wickelsterne; BGH LM § 12 BGB Nr. 19 Schwardmann; BGH LM § 24 WZG Nr. 30 Zahnrad; BGHZ 5, 189(195) Zwilling.

3) Zitat aus BGHZ 21, 66(80) Hausbücherei.

4) Dazu Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 173 ff., insbes. 187, 192; Baumbach-Hefermehl Einl. 245 z. UWG; BGH LM § 24 WZG Nr. 40 Kosakenkaffee.

5) BGH LM § 24 WZG Nr. 40 Kosakenkaffee.

6) BGHZ 21, 66(80) Hausbücherei; Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 193.

7) BGH LM § 24 WZG Nr. 40 Kosakenkaffee.

8) Vgl. die in Anm. 2 genannte Rechtsprechung.

wurde; auf ihn muß der andere vertraut haben [1].

Von der Betrachtung des Bundesgerichtshofs aus spricht doch manches dafür - obwohl der Bundesgerichtshof eine solche Konsequenz ablehnt -, den "wertvollen Besitzstand" mit der VG in Beziehung zu bringen [2]. Denn Kriterien, die eine saubere Abgrenzung des einen Instituts von dem anderen ermöglichen, sind nicht ersichtlich. Es erscheint ferner zweifelhaft, ob der Gesichtspunkt der Verwirkung - mag man sie als rein prozessuale Rechtsschutzversagung [3] oder als materiellrechtliche Einschränkung des Schutzes des absoluten Rechts [4] behandeln - wirklich ausreichend ist. Sie wird dem Interesse des Verletzers nämlich dann nicht gerecht, wenn der Rechtsinhaber zur Selbsthilfe schreitet und z.B. mit Hilfe von Rundschreiben oder sonstigen Reklamemitteln den Verkehr auf das "Nicht-Recht" des Verletzers aufmerksam macht [5]. So wäre zu erwägen, ob dem Verletzer nicht doch ein relatives Recht auf Benutzung des Kennzeichens einzuräumen wäre. In unserem Zusammenhang - wo nur auf die Beziehung zwischen VG und "wertvollem Besitzstand" hingewiesen werden sollte kann diese Frage unbeantwortet bleiben.

---

1) Dazu etwa Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 173; Esser, Schuldrecht § 35, in bes. S. 121.

2) So der überwiegende Teil des Schrifttums: Baumbach-Hefermehl Einl. 246 z. UWG; Godin-Hoth UWG § 21 Anm. 12; Reimer S. 887; Kleine JZ 1951, 9 (10); Droste GRUR 1950, 560 (562); Heydt GRUR 1951, 182 (184); Spengler GRUR 1953, 160 (163); die Rechtsprechung des BGH billigen Ulmer GRUR 1951, 355 (35 vgl. auch schon ZHR 114, 43 (49); Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 193; von der Osten S. 66; Schramm, Grundlagen S. 79 ff.; Tetzner Einl. 12 z. WZG.

3) Sowohl die h. L.: Soergel-Siebert BGB § 242 Anm. 199; Esser, Schuldrecht § 35 (S. 120).

4) Larenz, Schuldrecht, A. T. § 10 III; Kleine JZ 1951, 9.

5) Kritisch auch Pawlowski, Rechtsbesitz S. 96/97 mit allerdings fragwürdiger Begründung unter Berufung auf Reimer S. 297, 335, da dieser das Prioritätsprinzip nicht anerkennt (S. 296 ff.).

3. Kapitel: Das Wesen der VG

§ 1: Grundlegung

Die VG stellt für den Unternehmer einen konkret meßbaren wirtschaftlichen Wert dar; dieser Wert steigert sich proportional mit dem Wachsen der VG. Die VG ist nichts anderes als der gute Ruf eines Unternehmens, der sich mit seinen Waren oder Leistungen verbindet[1]. In diesem Zusammenhang ist das Kennzeichen nur ein Medium, ein Anknüpfungspunkt oder eine Vergegenständlichung des "unkörperlichen" guten Rufs, indem es eine Art Erinnerungshilfe für die Kunden bedeutet. Wirtschaftlich wertvoll ist also nicht das Kennzeichen, sondern seine VG. In der Rechtsordnung hat diese Feststellung ihren Niederschlag darin gefunden, daß in den meisten Fällen sich der Umfang des Zeichenschutzes nach dem Grad der VG richtet und darüber hinaus die VG in einer ganzen Reihe von Fällen überhaupt "causa" für einen Kennzeichenschutz ist.

Dabei ist jedoch nicht geklärt, was eigentlich die VG rechtlich darstellt. Die Beantwortung dieser Frage ist von erheblicher praktischer Bedeutung: Durch jeden rechtlichen absoluten Schutz eines Kennzeichens wird dessen Substanz - das Bild, der Begriff oder die Form, aus denen es gebildet ist - der Nutzung und Verwertung durch die Konkurrenten entzogen[2]. Damit werden - wenigstens im Prinzip - die Interessen der Konkurrenten beeinträchtigt. Dies ist eine Erscheinung, die bei jedem absoluten Schutz unkörperlicher Güter zu beobachten ist und mit deren "Ubiquität"[3], d.h. mit ihrer fehlenden Bindung an Zeit und Raum zusammenhängt[4].

Es stellt sich dann die Frage, ob nicht jede Entscheidung dafür, daß ein Zeichen innerhalb eines gewissen Bereichs rechtlichen Schutz erhält, das Ergebnis einer vom Richter vorzunehmenden Interessenbewertung ist[5]. Die Einschränkung des Schutzbereichs bei den sog. schwachen Zeichen und die sog. Ausstattungsschutzunfähigkeit technisch-funktioneller Elemente wären dann auf Gegeninteressen zurückzuführen, die - wertungsmäßig - mehr oder weniger stark, bald zu einer Beschränkung des Zeichenumfangs, bald zu einer Verweigerung des

---

1) Vgl. etwa Elsaesser S.113 ff. 2) Ulmer Wz u. unl. Wb. S.10.
3) Zum Begriff Troller, Immaterialgüterrecht S.49.
4) Ulmer, Wz.u.unl.Wb. S.10 ff.
5) So etwa Tetzner Einl.14 z.WZG; Hefermehl in einem Vortrag nach dem Bericht von Droste in MittBl.1957,42.

Zeichenschutzes überhaupt führten[1]. In diesem Zusammenhang wäre die VG und ihr Ausmaß dann lediglich ein "Hilfsmittel" zur Interessenbewertung, ein Aktivposten auf Seiten des Zeichenschutz begehrenden Unternehmers[2]. Die weitere Folge wäre dann, daß es Fälle gäbe, in denen trotz stärkster VG die Gegeninteressen der Konkurrenten die Interessen des Zeicheninhabers überwiegen würden und daher ein absoluter Zeichenschutz zu versagen wäre[3]. Für diese Ansicht können insbesondere die Bestimmungen des § 4 Abs.2 Zif.1 WZG und die Rechtsprechung zu den nichtunterscheidungskräftigen Kennzeichen herangezogen werden. Die Interessenlage stellt sich dort so dar: an dem Schutz von unterscheidungskräftigen (eigenartigen) Zeichen hat der "Erfinder" ein berechtigtes Interesse. "Legitime" Gegeninteressen der Konkurrenten an dem Freibleiben der Zeichensubstanz sind nicht feststellbar, da "eigenartig" stets auch "neuartig" bedeutet, die Konkurrenten demnach das Zeichenelement noch nicht verwendet haben. Die Rechtsordnung stellt deshalb dem "Erfinder" den Registerschutz zur Verfügung bzw. schützt die Zeichen, sobald er sie verwendet. Anders ist dies bei Zeichen, deren Substanz lediglich aus einer Gattungs-, Beschaffenheits-, Bestimmungs- oder Herkunftsangabe besteht oder doch einer solchen nahe kommt. Hier kann man davon ausgehen, daß die Substanz schon von Konkurrenten verwendet worden war[4]. Deren Interessen an der Weiterbenutzung kann nur eine VG, die, je nach Wichtigkeit dieser Bezeichnung für die Konkurrenten, mehr oder weniger stark ist, überwinden[5]. So werden Bezeichnungen, die aus solchen Bestandteilen bestehen, erst von einem bestimmten Grad an VG ab als Warenzeichen eintragbar oder als Unternehmensbezeichnung geschützt. Bezeichnungen, die wenig unterscheidungskräftig sind, weil sie solchen "Angaben" nahekommen, erlangen erst mit VG einen erweiterten Schutzumfang, der auch die betreffende "Angabe" umfaßt.

Für diese Auffassung läßt sich insbesondere in der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs manche Belegstelle finden. So führt der Bundesgerichtshof in der Hackerbräu Nährbier-Entscheidung vom 30.6.1959 aus, daß bei der Frage, ob die Beschaffenheitsangabe "Nährbier" Ausstattungsschutz genießt, das Freihaltebedürfnis des Verkehrs gegenüber dem Grad der VG abzuwägen sei. Erster

---

1) Reimer GRUR 1931,458 ff.; Reimer S.262,267,284 f., 408; Tetzner Einl.14 z.WZG u. WZG § 25 Anm.18.
2) So etwa Miosga Mitt. 1959,288(290).
3) Miosga Mitt.1959,288(290) u. MA 1960,314(316); Tetzner Einl.14 z.WZG
4) Wuesthoff GRUR 1955,7 ff.; Rüffer GRUR 1961,212 insbes. 220 ff.; Bußmann Mitt.1959,269; Miosga MA 1960,314(324) u. Mitt.1959,288(289).
5) BGHZ 30,357(371) Nährbier; Rüffer GRUR 1961,221; Miosga Mitt. 1959,290

könne so groß sein, daß es lediglich durch den höchstmöglichen Grad an VG überwunden werden könne[1]. In der Römer-Entscheidung vom 11.6.54 beschränkt der Bundesgerichtshof den Schutzumfang eines Warenzeichens, das mittelalterliche Häuser zeigte, die dem Frankfurter Römer ähnelten, auf seinen unmittelbaren Gegenstand (Schutz nur vor Verletzungen durch identische Zeichen) und führt dabei aus, daß derjenige, der ein solches Zeichen gewählt habe, auch eventuelle Verwechslungen in Kauf nehmen müsse; schutzwürdiger seien die Interessen der in Frankfurt ansässigen Unternehmer, die das "Römer-Zeichen" von alters her zur Bezeichnung ihrer Waren benützten[2]. Dies gelte selbst dann, wenn das Warenzeichen einen normalen Grad an VG erreicht habe.

Der Bundesgerichtshof läßt jedoch ausdrücklich dahingestellt[3], ob vielleicht die einhellige Durchsetzung des Warenzeichens in den beteiligten Kreisen zu einer Schutzerweiterung geführt hätte.

Damit ist auch durch die "Römer-Entscheidung" nicht geklärt, ob der Bundesgerichtshof die VG ausschließlich als ein Mittel zur Interessenbewertung ansieht[4]. Wäre sie das, so müßte sie auch in ihrer stärksten Ausprägung wirkungslos bleiben, wenn stärkere Gegeninteressen fordern, daß das Kennzeichnungsmittel, die Kennzeichnungssubstanz, nicht der Nutzung durch die Konkurrenten entzogen wird. Dies wird denn auch von all denen vertreten, für die, wie etwa Tetzner[5], das Recht der gewerblichen Kennzeichen ein Recht des "billigen Interessenausgleichs" ist[6]. Reimer[7], der diese Gedanken wohl als erster vertrat, versagt deshalb einen Zeichenschutz überall da, wo dieser zu einer unbilligen Behinderung der Konkurrenten führen müßte. Die Rechtsprechung ist ihm dabei allerdings nicht gefolgt, sondern betont, daß dann, wenn ausreichende VG vorhanden sei, ein Zeichenschutz nicht mit der Begründung versagt

---

1) BGHZ 30,357(371); vgl. auch BGHZ 34,299(305 f.) Almglocke.
2) BGHZ 14,15(19). 3) BGHZ 14,15(21).
4) Dies verkennen Baumbach-Hefermehl WZG § 31 Anm. 79 u. Miosga Mitt. 1959, 290.
5) Zitat aus Einl. 14 z. WZG.
6) Reimer GRUR 1931,447(458) ff.); Reimer S. 262, 267, 284, 408; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm. 14 u. WZG § 31 Anm. 79; Miosga Mitt. 1958, 1(2) u. Mitt. 1959, 288(290) u. MA 1960, 314(316); nicht ganz folgerichtig Bußmann Mitt. 1959, 271 und ihm folgend Rüffer GRUR 1961, 222, die ebenfalls von der Interessenbewertung ausgehen, aber eine besonders starke VG als Hinweis für fehlendes Freihalteinteresse ansehen. Dies ist unrichtig, wie ein Vergleich bei den technisch-funktionellen Elementen zeigt. Trotz stärkster VG können die Konkurrenten hier ein vitales Interesse am Freibleiben dieser Form haben.
7) S. 262 insbes. 267, 284 f. u. GRUR 1931,447(458 ff.).

werden dürfe, es stehe ihm ein Freihaltebedürfnis der Mitbewerber entgegen[1]. Begründet wird dies mit dem nichtssagenden Satz, daß die VG ein tatsächlicher Zustand sei, der sich nicht durch Rechtsbegriffe beeinflussen lasse.

Es geht hier jedoch nicht um den tatsächlichen Zustand der "Verkehrsbekanntheit", sondern um das Wesen der VG, das ihr rechtliche Wirksamkeit verleiht. Und in der Tat scheint die Theorie von der "Interessenbewertung" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs eine weitere Unterstützung gefunden zu haben: Sogen. technisch-funktionelle Elemente sind nämlich selbst bei größter VG nicht ausstattungsschutzfähig. Der VG scheint hier eine absolut wirkende Schranke gesetzt zu sein.

Der Haupteinwand gegen die Theorie der Interessenbewertung liegt jedoch darin, daß sie zu einseitig am "Haben" des Unternehmers orientiert ist. Er hat VG, er hat einen Besitzstand. Die Abnehmerkreise scheinen demgegenüber nur die Grundlage für den Besitzstand abzugeben: weil sie das Kennzeichen kennen, hat der Unternehmer einen wirtschaftlichen Vorteil, der rechtlich relevant ist.

In Wahrheit hat der Unternehmer eben nichts fest in der Hand. Die VG ist insbesondere in ihrer Stärke dauernden Schwankungen unterworfen[2]. Diese Schwankungen haben unmittelbaren Einfluß auf die Stärke des Zeichenschutzes. Es liegt deshalb nahe, zunächst einmal von den beteiligten Kreisen auszugehen, deren Verhalten diese Schwankungen verursachen. Durch s i e erhält der Unternehmer ein Zeichenrecht, s i e bestimmen seinen Schutzumfang und sein Erlöschen. Setzt man beteiligte Kreise gleich Bevölkerung, so springt geradezu die Verwandtschaft mit einem gewohnheitsrechtlichen Schutz ins Auge[3]. Ließe sich nachweisen, daß der auf VG beruhende Kennzeichenschutz gewohnheitsrechtlichen Ursprungs ist[4], so wäre eine Interessenabwägung im obigen Sinne nicht statthaft. Die beteiligten Kreise entschieden dann "a u t o n o m" über Entstehen, Umfang und Erlöschen des Kennzeichenschutzes. Dieser Nachweis soll in den folgenden Paragraphen versucht werden. Dabei wird eine Erörterung

---

1) RGZ 172,127(131) Fettchemie; BGHZ 21,183(196) Funkberater; BGH GRUR 1959,599(600) Teekanne; BGH NJW 1961,2107(2110) Buntsatin.

2) Dies betont vor allem Raiser JZ 1961,465(468).

3) Darauf weisen Schramm, Grundlagen S.26 u. Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.30 hin; vgl. auch Spengler AWR 1937,186; Ulmer Wz. u.unl.Wb S.25, der von Wechselwirkung zwischen Normbildung im Verkehr und richterlicher Normbildung spricht; Bußmann, Name S.265.

4) So Elster UWG S.84 u. GRUR 1931,686; widersprüchlich Furler, Besitz S.13: Die VG ist kein Gewohnheitsrecht; sie ist aber imstande, Kennzeichenrechte auch da zu schaffen, wo die gesetzliche Norm fehlt.

des Problems "Gewohnheitsrecht" nicht zu vermeiden sein. Insbesondere wird man die Frage erörtern müssen, ob das Gewohnheitsrecht angesichts der neueren Rechtsquellenforschungen von Esser [1], Wieacker [2] und Larenz [3] überhaupt noch eine Daseinsberechtigung hat. Auf jeden Fall wird man angesichts der neueren Erkenntnisse der Rechtsquellenlehre den Begriff des Gewohnheitsrechts neu durchdenken müssen, da wir im Grunde noch heute mit dem Gewohnheitsrechtsbegriff der historischen Rechtsschule [4] und der Pandektistik [5] arbeiten [6] und die letzte umfassende Untersuchung über das Gewohnheitsrecht von Rümelin [7] Erscheinungen, die heute dem Richterrecht zuzuordnen sind, als Gewohnheitsrecht bezeichnet.

Im nächsten Paragraphen soll der Nachweis, daß der auf VG beruhende Kennzeichenschutz gewohnheitsrechtlicher Art ist, zunächst einmal durch induktive Widerlegung der Theorie der Interessenbewertung versucht werden. Läßt sich nachweisen, daß der VG auch auf dem Gebiet der technisch-funktionellen Elemente keine absoluten Schranken gesetzt sind, so wäre damit wenigstens dargetan, daß die VG kein bloßes Mittel zur Interessenbewertung ist.

§ 2: Keine Wirkung der VG bei technisch- oder ästhetisch-funktionellen Elementen?

I. Grundlegung: Wenn ein Kennzeichen durch VG Zeichenschutz erhält, so wird das Element - der Begriff, die Fläche oder Form - der Nutzung durch die Konkurrenten entzogen. Das gilt insbesondere bei dem Kennzeichen, dessen Element keiner gegenständlichen Begrenzung unterworfen ist: der Ausstattung.

---

1) Esser, Grundsatz und Norm
2) Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB; Gesetz und Richterkunst.
3) Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
4) Grundlegend noch heute: Puchta, Gewohnheitsrecht 2 Bde; Savigny, System des heutigen römischen Rechts Bd.1.
5) Windscheid, Pandekten I §§ 15 ff.; Regelsberger, Pandekten I §§ 19 ff.; Gierke, Handbuch des deutschen Privatrechts I §§ 20 ff.
6) Als Beweis vgl. etwa die Ausführungen bei Enneccerus-Nipperdey §§ 38,39.
7) Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts, 1929.

1. Diese wurde ursprünglich lediglich durch § 15 des Gesetzes zum Schu ze der Warenbezeichnungen (WbezG) vom 12.5.1894 (RGBl 441) "reflexartig" als "tatsächlicher Zustand" geschützt[1]. § 15 WbezG war nämlich gar nichts anderes als der zeitlich erste Schutz gegen unlauteres Verhalten im Wettbewerb[2]. Dies ergibt sich eindeutig aus dem Wortlaut des § 15 WbezG: "Wer zum Zwecke der Täuschung im Handel und Verkehr Waren oder deren Verpackung mit einer Ausstattung, welche innerhalb beteiligter Kreise als Kennzeichen der Ware eines anderen gilt, ohne dessen Genehmigung versieht ....".

2. Im Laufe der Rechtsentwicklung trat der vom Gesetzgeber beabsichtigte Schutz vor unlauterem Verhalten der Konkurrenten immer mehr gegenüber dem Schutz der Leistung, wie sie in der im Verkehr bekannt gewordenen Ausstattung offenbar wird, zurück[3]. Am Endziel dieser Entwicklung stand der Schutz der Ausstattung als Rechtsgut in quasi-negatorischer Weise und schließlich als subjektives Recht[4].

3. Damit wurde ein Leistungsschutz entwickelt; er drohte uferlos zu werden, weil auch der Begriff der Ausstattung erweitert wurde. Diese war ursprünglich nur ein schmückendes Beiwerk der Ware von eigenartiger Formung[5]. Dieser Begriff wurde inhaltlich völlig entleert: was Ausstattung ist, bestimmt das VG[6]. So ist Ausstattung auch die Ware selbst, wenn die beteiligten Kreise aus ihrer äußeren Gestalt, ihrer Formung, auf die Herkunft der Ware aus einem bestimmten Betrieb schließen.

---

1) So RGZ 47,100(101): § 15 WbezG ist eine Verbotsbestimmung; weiter RGZ 73,253(255); RGZ 85,30(34).
2) Baumbach-Hefermehl Einl. z.UWG Anm.11; Finger WbezG Vorb. zu § 15.
3) Zwar hat die Rechtsprechung des RG erst spät Farbe bekannt und die Ausstattung als Rechtsgut bezeichnet, das gegen objektiv-widerrechtliche Beeinträchtigungen geschützt ist (vgl. RG MuW 27/28,93 Waldbaur u. JW 1928,2083 Kathreiner). Seine Gesetzestreue war jedoch nur scheinbar: Das Tatbestandsmerkmal der Täuschungsabsicht wurde mit Hilfe der §§ 1 UWG, 826 BGB umgangen. So genügt das Bewußtsein der Nachahmung für den Täuschungsvorsatz (RGZ 77,431(433); RG JW 1914,204), der das Handeln sittenwidrig macht. Dieses Bewußtsein kann auch nachträglich etwa durch Warnung des Ausstattungsinhabers vermittelt werden, "dolus subsequens", vgl. RGZ 8 197(202). Damit war in Wahrheit ein quasi-neg. Schutz geschaffen.
4) Erste Entscheidung: RGZ 141,119 the white spot.
5) Motive zum WbezG von 1894 zit. nach Meves, Schutz der Warenbezeichnung S.200/201.
6) Siehe oben S.10.

4. Auf diese Weise wurde aber die vom Gesetzgeber für den Bereich des gewerblichen Rechtsschutzes vorgesehene Interessenbegrenzung durchbrochen.

a) Hier stehen sich die Interessen des arbeitenden, leistenden und schöpferischen Menschen, der das Ergebnis seiner Mühen, sein Werk, ausschließlich gewerblich nutzen will, und die Interessen der Konkurrenten gegenüber, die sich auch fremde Leistungen und Erkenntnisse "aneignen" wollen, um überhaupt konkurrenzfähig bleiben zu können [1]. Der Gesetzgeber war in seiner Grundkonzeption von der Gewerbe- und Wettbewerbsfreiheit ausgegangen [2]. Das Prinzip des "laisser faire - laisser aller" führte - konsequent zu Ende gedacht - zur Gemeinfreiheit aller Werke, alles Geleisteten. Schon bald erkannte der Gesetzgeber jedoch, daß gerade um des technischen Fortschritts willen das Werk, die Leistung, rechtlich geschützt werden muß, um so einen Ansporn zu künftigen Leistungen zu schaffen [3]. Deshalb wurden besonders hochwertige Leistungen durch die Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmustergesetze und die Urhebergesetze geschützt und ihre Verwertung dem Schöpfer ausschließlich zugewiesen. Diese Gesetze begrenzten somit die allgemeine Wettbewerbsfreiheit, die in der Gemeinfreiheit der Leistungen ihren sinnfälligen Ausdruck fand.

Darin lag die Wertung des Gesetzgebers, daß die Interessen des Einzelnen am Schutz der eigenen Leistung nur im Rahmen dieser Sondergesetze Berücksichtigung finden sollten, daß also die Verwertung von Leistungen anderer grundsätzlich zulässig sein sollte, soweit nicht die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes dem Einzelnen ein Ausschließlichkeitsrecht an der Leistung gewährten [5].

Eine weitere Abstufung nahm der Gesetzgeber dadurch vor, daß dem Schöpfer ein Nutzungs- und Verwertungsrecht an seiner Leistung nur auf Zeit gegeben wurde, wobei die Zeitdauer durch die Stärke der Gegeninteressen bestimmt wurde [6]. Nach Ablauf dieser Zeit sollte die Leistung zur allgemeinen Verwertung frei sein [7].

b) Diese beiden Grundsätze: Schutz der Leistung des Einzelnen nur da, wo dies sondergesetzlich bestimmt ist und auch dann nur zeitlich begrenzt,

---

1) Vgl. dazu vor allem Fikentscher, Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz S.226 ff., 277 ff.
2) Fikentscher, Wettbewerb S.139 ff., insbes. S.147.
3) Fikentscher, Wettbewerb S.142. 4) Schramm, Grundlagen S.43.
5) Vgl. etwa RGZ 135,385(394 ff.) Kranzblumen.
6) Tetzner WZG § 25 Anm.18.
7) RGZ 120,94(97 ff.) Huthacken;RG GRUR 1937,66(69) Brillenbügel; RG GRUR 1941,117(119) Torpedo; Troller, Immaterialgüterrecht S.44.

drohten durch die Entwicklung des Ausstattungsschutzes aus den Angeln gehoben zu werden. Hier hatte sich ein Leistungsschutz [1] entwickelt, der nicht sondergesetzlich begründet und auch nicht zeitlich begrenzt war. Die Leistung, die sich in einer im Verkehr anerkannten Ausstattung verkörpert, läßt sich nur begrifflich - als Warenbezeichnung -, nicht aber tatsächlich von der durch das Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmustergesetz geschützten Leistung abgrenzen, da sie ebenfalls wie diese Gesetze an die Form der Ware anknüpfen kann [2]. So kann die Form einer Ware durch ein Geschmacksmuster und, wenn sie durch technische Gegebenheiten bedingt ist, durch Patent oder Gebrauchsmuster geschützt sein [3]. Gleichzeitig kann diese Form aber auch Ausstattung sein. Dann wäre sie geschützt, ohne den Begrenzungen der Gesetze des gewerblichen Rechtsschutzes unterworfen zu sein [4].

II. Begrenzungsversuche: Den naheliegendsten Weg einer Begrenzung: ausstattungsschutzfähig sind alle Formen, die nicht durch Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes wie durch das Patent-, Gebrauchs- und Geschmacksmustergesetz geschützt werden können [5], hat die Rechtsprechung mit guten Gründen nicht eingeschlagen [6]. Auf diese Weise könnten nämlich Leistungen, die die Voraussetzungen der Sondergesetze bezüglich der Leistungshöhe nicht erfüllten, als Ausstattung geschützt werden. Auf diese Weise entstünde ein "kleiner Patentschutz", der stärker als der Schutz der wertvolleren Leistungen wäre.

Auch eine Begrenzung nach Sinn und Zweck der einzelnen Sondergesetze wurde vom Reichsgericht nicht vorgenommen. Der Grund war wohl die begriff-

---

1) Eine Abgrenzung zu den Sondergesetzen wäre unnötig gewesen, wenn § 15 WbezG auf seinen deliktischen Kern beschränkt geblieben wäre: Unredliches unanständiges Verhalten im Wettbewerb ist auch in einem System der Wettbewerbs- und Gemeinfreiheit verboten (vgl. RGZ 120, 94 (98)) und eine Bestimmung dieser Art bedeutet noch keine Durchbrechung des Prinzips von Regel-Ausnahme, selbst wenn durch dieses Verbot "reflexartig" eine Leistung geschützt wird. Vgl. dazu auch Tetzner SJZ 1950, 179, der betont, daß gerade der Schutz vor Mißbräuchen im Geschäftsverkehr unbeschränkt sein müsse.

2) BGHZ 5, 1(6) Hummel.

3) Vgl. Troller, Immaterialgüterrecht S.501; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.17.

4) Vgl. von der Osten S.43; Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.12.

5) So etwa Mediger Mitt. 1958, 81(82).

6) Vgl. BGH LM § 25 WZG Nr.20 Taschenstreifen.

liche Verschiedenheit zwischen Ausstattung und den als Patent, Gebrauchs- und Geschmacksmuster geschützten Leistungen und die dadurch bedingte Verschiedenheit der Schutzgegenstände [1].

1. Maßgebend war für das RG, ob auch die Allgemeinheit ein Interesse an der Gemeinfreiheit der betreffenden Leistung hat [2]. Nach der Auffassung des Reichsgerichts ist die Allgemeinheit stets daran interessiert, daß Leistungen auf technischem Gebiet gemeinfrei bleiben, da nur so ein technischer Fortschritt möglich sei [3]. Leistungen technischer Art könnten deshalb lediglich auf Zeit als Patent oder Gebrauchsmuster der Allgemeinheit vorenthalten bleiben. An Leistungen ästhetischer Art bestehe dagegen kein allgemeines Interesse [4]. Deshalb könnten Leistungen auf technischem Gebiet auch nicht als Ausstattung geschützt werden.

Unter solchen "technisch-funktionellen" Gestaltungen verstand das Reichsgericht sowohl die Elemente der Ware, ohne deren besondere Formung der konkrete technische Zweck überhaupt nicht erreicht werden konnte [5], als auch die Elemente, die diesem technischen Zweck nur förderlich waren, ihn unterstützten [6].

Diesen Satz von der Ausstattungsschutzunfähigkeit technisch-funktioneller Elemente vertrat das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung, sodaß man bei oberflächlicher Betrachtung dem zweiten Senat des Reichsgerichts Glauben schenken könnte, wenn er in einem Urteil darauf hinweist, daß der Ausschluß technisch-funktioneller Elemente ein "Satz des objektiven Rechts" sei [7]. Der Verkehr entscheide lediglich darüber, ob eine Gestaltung sich durchgesetzt habe, nicht aber, ob diese Gestaltung geschützt werden könnte [8]. Demgegenüber hatte derselbe Senat zwei Jahre vorher in einem Urteil betont, daß der Verkehr darüber entscheide, ob eine Gestaltung technisch bedingt ist oder nicht: "Betrachtet der Verkehr eine Aufmachung als Kennzeichen für die Herkunft, so erübrigen sich weitere Erörterungen darüber, ob diese Merkmale ausstattungsschutzfähig sind oder nicht" [9]. Diese ersten Zweifel an der Existenz eines sol-

---

1) So wohl auch Tetzner WZG § 25 Anm. 21; Kraft GRUR 1957, 317.
2) RGZ 120, 94(98) Huthacken.
3) Vgl. dazu etwa Schroeter GRUR 1949, 228; Nerreter GRUR 1957, 525(530).
4) Dagegen Isay GRUR 1928, 421 ff.
5) RGZ 40, 65(67) I. ZS; RGZ 54, 173(175) II. ZS und dann ständig.
6) RGZ 69, 31(32).
7) RG GRUR 1941, 238(239) Hansaplast, Zitat.
8) RG GRUR 1943, 213(214) Trockenhandfeuerlöscher.
9) RG GRUR 1940, 45(47) grüngoldene Flasche, Zitat.

chen Satzes des objektiven Rechts könnten noch beseitigt werden, wenn man die zitierte Entscheidung als einmalige Abweichung von einer, auch in spätere Entscheidungen strikt eingehaltenen Linie bezeichnete [1].

2. Der zweite Einbruch in den Satz von der Schutzunfähigkeit technisch-funktioneller Elemente erfolgte durch die Rechtsprechung zum sog. "sklavischen Nachbau" [2]. Diese Tatsache wird oft dadurch verschleiert, daß das Reichsgericht sich dabei auf § 1 UWG stützte, während gemeinhin die Entwicklung des Ausstattungsschutzes auf den § 15 WbezG von 1894, den Vorläufer des § 25 WZ gegründet wurde. Daraus wird auf Verwandtschaft, aber nicht Identität der beiden Probleme geschlossen [3].

Diese Auffassung ist unrichtig. Dies beweist ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung und die den Urteilen zum sklavischen Nachbau zugrunde liegende Sachverhalte: Dem ersten Schutz gegen unlauteren Wettbewerb durch § 15 WbG folgte 2 Jahre später ein Gesetz [4], in dem weitere Einzelfälle unlauteren Verhaltens im Wettbewerb kasuistisch erfaßt wurden. Da sich auch dies nicht als ausreichend erwies, folgte das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 7.6.1909 (RGBl I S.499), in dessen § 1 ganz einfach durch den Verweis auf die guten Sitten das Gebot aufgestellt wurde, sich im Wettbewerb wie ein anständiger Kaufmann zu verhalten. Systematisch war damit § 15 WbezG nichts anderes als ein Unterfall - eine Konkretisierung - des § 1 UWG geworden (denn das dort Verbotene tut ein anständiger Kaufmann nicht).

Diese Gemeinsamkeiten zwischen § 15 WbezG und § 1 UWG hatte die Rechtsprechung offenbar vorübergehend vergessen. Insbesondere war die Erkenntnis verloren gegangen, daß eine Norm, die gegen unlauteres Verhalten im Wettbewe

---

1) RG GRUR 1943,213(214) Trockenhandfeuerlöscher.

2) Die Literatur zum sklavischen Nachbau ist uferlos. Vgl. etwa Benjamin GRU 1925,25 ff.; Osterrieth GRUR 1925,131 ff.; Seligsohn GRUR 1926,240 ff.; I GRUR 1928,421 ff.; Callmann GRUR 1928,251 ff.; Reimer GRUR 1933,454 Gewiese GRUR 1935,633 ff.; Nerreter GRUR 1936,290 ff.; Schroeter GRUR 1949,228 ff.; Lindenmaier GRUR 1949,309 ff. u. BB 1958,601 ff.; Köhler GRUR 1950,117 ff.; Tetzner SJZ 1950,179 ff.; Spengler WuW 1955,599 ff. Schramm WuW 1956,199 ff.; Nerreter GRUR 1957,408 ff. u. 525 ff. (umfassendste Untersuchung); Alexander-Katz BB 1957,301 ff.; Hammann GRUR 1961,171 ff.

3) Vgl. etwa Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.25; von der Osten S.45; so wie hier nur Köhler GRUR 1950,117(120) u. Verwechslungsgefahr S.203 f.

4) Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb vom 27.5.1896 RGBl I S.145.

schützt, dann, wenn sie zu einer Leistungsschutznorm abgeändert wird, notwendigerweise in Konflikt zu dem bereits bestehenden Leistungsschutz treten muß und deshalb der Begrenzung bedarf.

So wurde auf dem Teilgebiet der sklavischen Nachahmung § 1 UWG zur Grundlage eines Leistungsschutzes, für den die Beschränkungen des Ausstattungsschutzes nicht bestanden. Den ersten Schritt hatte das Kammergericht in der "Multigraph-Entscheidung" [1] getan, der folgender Sachverhalt zugrunde lag: Die Klägerin stellte in Lizenz Rotationsdruckmaschinen her, bei denen die Schaltvorrichtung für die Farbbänder durch Patent geschützt waren. Die Beklagte verfertigte eine millimetergetreue Nachbildung der Form dieser Maschine und gab diese in Serienfabrikation. In dem auf Erlaß einer einstweiligen Verfügung gerichteten Verfahren läßt das Kammergericht dahingestellt, ob durch die Nachahmung das Patent verletzt worden sei. Der Erlaß der einstweiligen Verfügung sei schon auf Grund des § 1 UWG begründet. Zwar sei eine Täuschungsabsicht der Beklagten (sc. und damit ein unlauteres Verhalten) nicht einmal behauptet worden; unlauter sei jedoch die n i c h t durch den Gebrauchszweck der Ware bedingte Verwertung fremder Arbeit und Gedanken.

Bis dahin ist noch keine Abweichung von der Lehre der Schutzunfähigkeit technisch bedingter Bestandteile festzustellen. Die Entscheidung fährt jedoch fort: "denn es gibt bei komplizierten Maschinen unzählige konstruktive Maßnahmen, die entweder nicht schutzfähig oder geschützt sind, die der Maschinenbauer (sc. jedoch) erst nach langer Erfahrung durch praktische Versuche als besonders geeignet herausfindet. .... erst dann kann der Fabrikant zum Maschinenbau übergehen" [2]. - Dann sind die "konstruktiven Maßnahmen" technisch bedingt! -

Das Kammergericht ist nun der Ansicht, man könne zwischen dem Erfindungsgedanken und seiner konstruktiven Verwirklichung unterscheiden [3]. Jener werde nach Ablauf der Schutzfrist im Patent-Gesetz oder Gebrauchsmustergesetz gemeinfrei. Die konstruktive Verwirklichung dürfe jedoch nicht verwertet werden. Ihre Nachahmung verstoße gegen § 1 UWG.

Dabei verkennt das Kammergericht, daß Gedanke und Form d a n n nicht trennbar sind, wenn die Ausprägung des Gedankens eine bestimmte Form erfordert. Mit dem Schutz des Gedankens ist dann auch der Schutz der Form verbunden und umgekehrt [4].

---

1) Urteil vom 3.12.1924 im GRUR 1925,40 ff.; gleichzeitig OLG Dresden MuW 24,45 Alfa-Separatoren zit. nach Nerreter GRUR 1957,408.

2) GRUR 1925,42. 3) a.a.O. S.42.

4) Ebenso Osterrieth GRUR 1925,136, der darauf hinweist, daß schon die Form selbst eine Erfindung und damit patentfähig sein könne.

Durch diese Entscheidung wurden zwei Grundsätze in einem aufgegeben: daß Leistungen außerhalb der Sondergesetze nur als Ausstattung mit VG geschützt werden können und daß an technisch-funktionellen Elementen kein Ausstattungsschutz möglich ist.

Der zweite Senat des Reichsgerichts schützte dem Zug der Zeit folgend die Puppen der Kunstgewerblerin Käte Kruse, für die mangels Anmeldung kein Geschmacksmusterschutz bestand, nach den Grundsätzen des sklavischen Nachbaus [1]. Bei der unstreitigen VG hätte Ausstattungsschutz genügt!

Erst in der "Huthaken-Entscheidung" vom 31.1.1928 [2] erkannte der 2. Senat des Reichsgerichts die Zusammenhänge und erklärte, die Nachahmung von Gegenständen, die unter Patent- oder Gebrauchsmusterschutz fielen, seien nach Ablauf der Schutzfrist erlaubt. Anders sei dies bei Gegenständen, die durch das Geschmacksmustergesetz geschützt seien. Hier erfordere der Sinn und Zweck des Gesetzes die Gemeinfreiheit nicht. Es genüge VG des Gegenstandes, des Arbeitsergebnisses, um ihn nach § 1 UWG zu schützen.

Damit hätte man ohne Schaden auf den Leistungsschutz nach § 15 WbezG zurückgehen können [3]. Das Reichsgericht, insbesondere der zweite Senat, hat dies jedoch nicht getan: Die Richtlinien des "Huthaken-Urteils" für die Behandlung technisch-funktioneller Elemente, die nur obiter dicta waren - es handelte sich um den Schutz ästhetischer Elemente -, wurden nicht eingehalten. Scheinbar wurde § 1 UWG wieder auf den Schutz vor unlauterem Verhalten beschränkt. Die bloße Nachahmung sei allein noch nicht sittenwidrig [4]. Hinzukommen müsse, daß der Nachahmende die Verwechslungsgefahr bewußt und gewollt herbeigeführt habe. Der bewußten Herbeiführung steht es aber gleich, wenn der Nachahmende unterläßt, alles zu tun, um die ihm bekannte oder bekanntgewordene Verwechslungsgefahr zu beseitigen, obwohl dies möglich war [5]. - Das ist jedoch mindestens bei den den Gebrauchszweck fördernden Elementen, die ja ebenfalls ausstattungsschutzunfähig sind, stets möglich! - Diese Widersprüche und die dadurch sich bei den Instanzgerichten ausbreitende Rechtsunsicherheit gibt instruktiv ein Urteil des zweiten Senats vom 22.1.1932 [6] wieder: Ein roter

---

1) RGZ 111,254 ff.; vgl. auch die gleichgelagerte Entscheidung in RGZ 115, 180 ff. Puppenjunge.

2) RGZ 120,94 ff.

3) Dies deutet auch RGZ 120,94(100) an.

4) RG GRUR 1930,1127(1129) Elektrolux; RGZ 144,41(44) Hosenträgerband; RG GRUR 1937,66(69) Brillenbügel; RG GRUR 1941,117(119) Torpedo.

5) RG GRUR 1930,1127(1129) Elektrolux.

6) RG GRUR 1932,460 ff. roter Strich.

Strich unter der Schlagzeile einer Zeitung sei ausstattungsschutzunfähig, da er technisch bedingt sei. Das Berufungsgericht, das unter Hinweis auf die Rechtsprechung zu der sklavischen Nachahmung an der Gültigkeit dieses Satzes gezweifelt hatte, wird belehrt, daß die Nachahmung nur dann sittenwidrig sei, wenn Täuschungsabsicht bestehe. Eine solche Täuschungsabsicht sei jedoch auch dann anzunehmen, wenn eine bestehende Verwechslungsgefahr nicht beseitigt worden sei. Die Richtigkeit dieser Auffassung beweise schon ein Vergleich mit § 15 WbezG. Bei diesem genüge - im Gegensatz zu § 1 UWG - schon bloße Verwechslungsgefahr [1]. - Jahre später hat dann derselbe Senat die gesetzliche Korrektur [2] des § 15 WbezG durch § 25 WZG zum Anlaß genommen, um auf das subjektive Merkmal in § 1 UWG ganz zu verzichten [3]! -

In den folgenden Entscheidungen wird dann immer wieder betont, daß Leistungen und Arbeitsergebnisse grundsätzlich frei sind [4]. Dies hatte aber nur deklaratorische Bedeutung. So auch das bekannte "Hosenträgerband" Urteil [5]. Hier hatte die Klägerin ein Hosenträgerband mit einer besonderen Bindungstechnik entwickelt, das im Verkehr als eine Ware von besonders guter Beschaffenheit angesehen wurde. Die Beklagte fabrizierte ein Hosenträgerband von derselben Bindungstechnik. Das Reichsgericht stellt klar, daß nicht auf dem Umweg über § 1 UWG technisch funktionelle Gestaltungen geschützt werden dürfen [6]. (Insoweit eigentlich nur eine Bekräftigung des Huthaken-Urteils.) Deshalb könnten in Fällen solcher Art nur diejenigen Werte geschützt werden, die sich auf die Geltung im Verkehr stützten, aber durch die Art der Werbung eines anderen beeinträchtigt würden [7].

Daraus folgert das Reichsgericht nicht sehr verständlich, daß noch besondere Umstände hinzutreten müßten, um die Nachbildung als sittenwidrig erscheinen zu lassen. Diese besonderen Umstände lägen insbesondere in der Täuschungsabsicht oder der Tatsache, daß der Nachahmer es unterlassen habe, alles zu tun, um Verwechslungen auszuschalten [8]. Neues bringt die Entscheidung nur insoweit, als jetzt auch technische Gestaltungen durch § 1 UWG erst bei VG [9] (und Täuschungsabsicht) geschützt werden.

---

1) a.a.O. S.461.
2) Korrektur deshalb, weil § 25 WZG lediglich die Fortbildung des § 15 WbezG durch die Rspr. gesetzlich fixiert.
3) RG GRUR 1940,454 Messerbestecke.
4) RG JW 1935,1091; RG GRUR 1937,66(69) Brillenbügel.
5) Vom 23.2.1934, RGZ 144,41 ff.
6) a.a.O. S.44.
7) a.a.O. S.45.
8) a.a.O. S.45.
9) Für ästhetische Elemente wurde dies in der "Huthaken-Entscheidung" ausgesprochen.

Noch deutlicher zeigt eine Entscheidung vom 21.12.1934 [1], daß über § 1 UWG in Wahrheit der nach § 15 WbezG versagte Leistungsschutz gegeben wird. Hier wird zur Verpackung von Eiernudeln ausgeführt: Diese Verpackung sei technisch bedingt. Deshalb sei kein Ausstattungsschutz möglich. Indessen sei die Packung seit langer Zeit im Verkehr, das Publikum habe bei dem Anblick der Verpackung die Vorstellung, dieser Ware komme der bekannte gute Ruf zu [2]. Unlauterer Wettbewerb könne auch dadurch begangen werden, daß der unter Aufwendung von Mühe und Kosten erlangte gute Ruf der Ware des Mitbewerbers zur Werbung für die eigene Leistung verwendet werde.

In der "Brillenbügel-Entscheidung" [3] versucht der zweite Senat, wie schon das Kammergericht im "Multigraph-Urteil", zwischen der gemeinfrei gewordenen Erfindung und ihrer konstruktiven Verwirklichung zu unterscheiden; deren verwechslungsfähige Nachahmung sei wegen Täuschung der Allgemeinheit sittenwidrig.

Dieser Begriff der "objektiven Täuschungsgefahr" liegt auch der "Offiziersäbel-Entscheidung" [4] des ersten Senats zugrunde. Er wird nachträglich durch den zweiten Senat unter Hinweis auf die gesetzliche Änderung des Ausstattungsschutzes gerechtfertigt [5].

Einen gewissen Höhepunkt in dieser Entwicklung stellt die "Torpedo-Entscheidung" [6] des zweiten Senats dar. Das Reichsgericht scheint sich jetzt vollständig in Widersprüche verwickelt zu haben. Einerseits will es seinen Satz aufrechterhalten, daß technisch-funktionelle Elemente auch nicht über § 1 UWG geschützt werden können. Dem widerspricht aber seine Auffassung, daß auch die Herbeiführung einer objektiven Täuschungsgefahr, d.h. der Möglichkeit, daß die Nachahmung zu Verwechslungen führt, sittenwidrig sei. Die Synthese soll jetzt ein (unrichtiger [7]!) Erfahrungssatz des Inhalts bilden, daß die technische Gestaltung der Ware niemals als solche geeignet sei, auf ein bestimmtes Unternehmen hinzuweisen. Deshalb könne man bei bloßer Nachahmung der technischen Elemente keine Verwechslungsgefahr annehmen. Etwas anderes gelte nur, wenn die nachgeahmte Form einen, wenn auch geringfügigen ästhetischen Überschuß aufweise. Dann seien auch die technischen Elemente bei der Prüfung der Verwechslungsgefahr heranzuziehen.

---

1) RGZ 146,247 ff. Eiernudeln.
2) a.a.O. S.249.
3) RG GRUR 1937,66(69).
4) RG GRUR Ausl. 1937,304 f.
5) RG GRUR 1940,454 Messerbestecke.
6) RG GRUR 1941,117(119 f.).
7) Vgl. Mediger Mitt. 1958,81(82).

Da aber wohl kaum eine Warenform nur technisch bedingt ist, führt auch diese Entscheidung wieder zum Schutz der technisch-bedingten Form. Abgesehen davon besteht kein Erfahrungssatz des Inhalts, daß technisch-bedingte Gestaltungen nicht geeignet sind, auf ein Unternehmen hinzuweisen [1]. Auch sie können VG erhalten und weisen dann auf ein bestimmtes Unternehmen hin.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hatte demnach - zusammengefaßt - folgenden Verlauf genommen:

Zunächst lag schon im bloßen Nachbau eine sittenwidrige Handlung [2]. Damit war ein - unbegrenzter - Leistungsschutz gegeben. Eine Begrenzung wurde in späteren Entscheidungen durch eine Interessenbewertung vorgenommen [3]: Ästhetische Formen wurden - da das Interesse der Allgemeinheit an ihrer Gemeinfreiheit gering war - mit erlangter VG geschützt [4]. Bei technisch-funktionellen Elementen wurde § 1 UWG wieder auf den Schutz vor unlauterem Verhalten Dritter beschränkt [5]. Ein solches lag vor, wenn der Nachbau in der Absicht, das Publikum zu täuschen, vorgenommen wurde [6]. Diese - an sich richtige - Einschränkung des § 1 UWG auf den Verhaltensschutz wurde von Anfang an dadurch erschüttert, daß man der Täuschungsabsicht den Vorwurf gleichstellte, nicht alles getan zu haben, um Verwechslungen zu vermeiden [7]; sie wurde schließlich ganz fallengelassen. Sittenwidrig war jetzt der Effekt der Täuschung der Allgemeinheit. Auf die innere Einstellung des "Täuschenden" kam es nicht mehr an [8].

In der Folge wurde der Schutz der Leistung immer mehr in den Vordergrund geschoben: die Verwendung des guten Rufs eines anderen Unternehmens für die eigene Werbung begründete jetzt den Vorwurf der Sittenwidrigkeit [9]. Damit war auch für technisch-funktionelle Elemente ein nahezu vollständiger Leistungsschutz erreicht.

3. Auch der Bundesgerichtshof hält sich nicht an den (angeblichen) Satz des objektiven Rechts von der Ausstattungsschutzunfähigkeit technisch-funktio-

---

1) Mediger Mitt. 1958, 81(82).
2) RGZ 111, 254; RGZ 115, 180.
3) RGZ 120, 94; RGZ 144, 41.
4) RGZ 120, 94.
5) RGZ 120, 94; RGZ 144, 41.
5) RG GRUR 1930, 1127; RGZ 144, 41.
7) RGZ 144, 41; RG GRUR 1930, 1127.
8) RG GRUR 1937, 66; RG GRUR 1940, 454.
9) RGZ 146, 277; RG GRUR 1941, 117 ff.; einschränkend wieder RG GRUR 1943, 213(215).

neller Elemente [1]. Er entnimmt die Voraussetzungen des Ausstattungsschutzes ausschließlich aus dem sich aus § 25 WZG ergebenden Begriff der Ausstattung und erreicht damit - dogmatisch sauberer als das Reichsgericht - eine Abgrenzung zu den sonstigen Leistungsschutzgesetzen wie Patent-, Gebrauchs-, Geschmacksmustergesetz und Kunsturhebergesetz [2]:

Aus § 25 WZG ergebe sich deutlich, daß Ausstattung nur die zwar nicht körperlich, aber doch begrifflich von der Ware selbst trennbare Aufmachung sei. Die Ausstattung als Kennzeichnungsmittel sei von der in der Ware verkörperten technischen Lehre und ihren ästhetischen Formelementen, dem Wesen der Ware, zu unterscheiden. Letztere seien nie qua Ausstattung, sondern nur durch die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes geschützt.

Die Unterscheidung zwischen dem Wesen der Ware und der bloßen Zutat - der Aufmachung - nimmt der Bundesgerichtshof je nach Art der betreffenden Formelemente verschieden vor: Formgestaltungen ästhetischer Art gehören nach dieser Rechtsprechung dann zum Wesen der Ware, wenn die beteiligten Kreise die Ware gerade wegen dieser Formung kaufen. Entfällt mit dieser Formung die handelbare Ware, so gehört sie zum Wesen der Ware [3]. Die beteiligten Kreise bestimmen demnach hier, was Ausstattung ist.

Demgegenüber ist eine Gestaltung dann unmittelbarer Ausdruck der durch sie verkörperten technischen Lehre, wenn sie nicht willkürlich durch eine andere ersetzt werden kann und zwar deshalb nicht, weil sie durch den mit der Ware verkörperten Zweck technisch bedingt ist [4]. Die Abgrenzung wird also hier nach objektiven Gesichtspunkten vorgenommen.

Diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bedeutet gegenüber der des Reichsgerichts teils eine Erweiterung, teils eine Einschränkung des Ausstattungsschutzes.

Eine Erweiterung insoweit, als auch technisch-funktionelle Elemente Ausstattungsschutz erlangen können, wenn sie nicht durch das Wesen der Ware

---

1) So ausdrücklich BGHZ 11,129(133).

2) Leitentscheidungen BGHZ 5,1 u. BGHZ 11,129 (wohl nach Dietze GRUR 1952,317), wobei unverständlich bleibt, daß aus dem Postulat, daß eine Ausstattung keine unbillige Beschränkung der Mitbewerber zur Folge haben dürfe, sich in logischer Folge ergebe, daß die Ausstattung etwas von der Ware verschiedenes sein müsse. Gegen die Interessenabwägungen aus dem Begriff heraus auch Baumbach-Hefermehl WZG § 25 Anm.20.

3) BGHZ 5,1(6) Hummel; BGHZ 29,62(64) Rosenthalvase; BGH NJW 1961,2107 (2110) Buntsatin.

4) BGHZ 11,129(132); BGH GRUR 1960,232(233) Feuerzeugausstattung.

technisch bedingt sind, sondern nur den Gebrauchszweck unterstützen und fördern [1].

Eine Einschränkung, da auch ästhetische Elemente nicht stets - wie das Reichsgericht annahm - als Ausstattung geschützt werden, sondern nur dann, wenn sie nicht zum Wesen der Ware gehören.

4. Was den Schutz qua "sklavische Nachahmung" über § 1 UWG anbetrifft, so bekennt sich der Bundesgerichtshof zum Deliktscharakter des § 1 UWG und betont demzufolge, daß stets ein "objektiv verwerfbares" Handeln des Nachahmenden vorliegen müsse [2], das insbesondere in dem Unterlassen der zumutbaren Maßnahmen zur Ausschaltung der Verwechslungsgefahr gesehen werden könne [3]. Im Vordergrund steht jedoch auch hier der Schutz der Leistung: Geschützt wird nur ein eigenartiges, überdurchschnittliches Erzeugnis, das im Verkehr so bekannt geworden ist, daß die beteiligten Kreise damit eine bestimmte Gütevorstellung verbinden [4].

Die besondere Problematik der "sklavischen Nachahmung", die darin besteht, daß ausstattungsschutzunfähige Leistungen nicht auf dem Umweg über § 1 UWG absoluten, negatorischen Schutz erhalten sollen [5], wird jedoch durch diese Rechtsprechung nicht gelöst. Richtig ist zwar der Ansatzpunkt, § 1 UWG als deliktischen Verhaltensschutz zu konstituieren [6]. Dann kann es aber nicht darauf ankommen, ob eine besondere Leistung, ein bestimmtes Gut verletzt wird [7]. Der Unrechtsgehalt liegt in der Handlung, dem Verhalten des Nachahmenden und nicht in dem Eingriff in eine Rechtsposition. Dies hat der Bundesgerichtshof übersehen, wenn er verlangt, daß das

---

1) BGHZ 11,129(132).
2) BGH GRUR 1954,337(339) Radschutz; BGHZ 21,266(269) Kaliber; BGH NJW 1961,2107(2111) Buntsatin; BGH GRUR 1961,40(41) Wurftaubenpresse.
3) BGH GRUR 1954,337(339); BGHZ 21,266(269); BGH GRUR 1958,351(352) Deutschlanddecke; BGH GRUR 1954,121 Zählkassette.
4) BGH GRUR 1954,337(339); BGHZ 21,266(269); BGH GRUR 1958,351(352); BGH GRUR 1954,121(122).
5) Darauf weisen besonders Lindenmaier BB 1958,601 ff. u. Hammann GRUR 1961,171 ff. hin.
6) So schon Gewiese GRUR 1935,633; Reimer S.521; Schroeter GRUR 1949,228; Tetzner SJZ 1950,179; Schramm, Grundlagen S.70,218 f., 227 u. WuW 1956,199.
7) So etwa Troller in einem Diskussionsbeitrag vor dem Karlsruher Forum 1961, abgedr. in VersR Beiheft 1961 S.41.

nachgeahmte Erzeugnis ein Begriff für Güte geworden sein muß. Darin liegt ein Bekenntnis zum Schutz besonderer Leistungen, die, wenn sie allgemein bekannt und beliebt geworden sind, geschützt werden sollen, ohne daß es auf die Motivation, das Verhalten des Nachahmenden ankommen kann. Dieser Tendenz dient auch die Formel des Bundesgerichtshofs von der Unterlassung der gebotenen Maßnahmen, die Verwechslung zu vermeiden, die das Unwerturteil begründet. Allein ein negatorischer Schutz der anerkannten Leistung entspricht wohl, wie Nerreter[1] darlegt, der allgemeinen Rechtsüberzeugung.

5. So scheint auch in der Literatur, von vereinzelten Ausnahmen abgesehen[2], lediglich eine Diskussion darüber möglich, welches Arbeitsergebnis als schutzwürdige Leistung bezeichnet werden kann. Zum absoluten Schutz der anerkannten Leistung kommen nahezu alle Verfasser[3].

III. Zusammenfassende Würdigung. Der Überblick über die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs hat gezeigt, daß die Rechtsprechung Leistungen, die weithin als Inbegriff für Qualität gelten, gegenüber Nachahmungen auch da schützt, wo allgemeine, in ständiger Rechtsprechung ausgebildete Grundsätze einen solchen negatorischen Leistungsschutz an sich ausschlössen. Auffällig ist, daß in der überwiegenden Mehrzahl der Entscheidungen zweierlei gefordert wird: die Leistung muß in einem großen Umfang im Verkehr bekannt sein und der Verkehr muß ihr ein großes Maß an Qualität zuschreiben. Beide Erfordernisse: großer Bekanntheits- und Wertschätzungsgrad finden sich auch bei den sogenannten berühmten Marken[4]. Auch sonst bestehen Parallelitäten: die berühmte Marke erhält einen Schutzbereich, der über den gesetzlich möglichen hinausgeht; gegen sklavische Nachahmung wird eine Leistung nach § 1 UWG unter Umgehung der in ständiger Rechtsprechung aufgestellten Schranken geschützt.

Stichwortartig könnte man diese Vorgänge folgendermaßen skizzieren: bei den berühmten Marken werden wegen ihrer Bekanntheit und Wertschätzung ge-

---

1) in GRUR 1957, 525.

2) Vgl. etwa Hammann in GRUR 1961, 171, der ausstattungsschutzunfähigen Elementen nicht einmal deliktischen Schutz zukommen lassen will: "Kein Diebstahl an herrenloser Sache!" (Zitat S. 173).

3) Wegen der verschiedenen dogmatischen Konstruktionen sei auf die zusammenfassende Darstellung Nerreters in GRUR 1957, 408 ff. verwiesen.

4) Siehe oben S. 51 ff.

setzliche, durch das Institut der sklavischen Nachahmung werden aus eben denselben Gründen richterrechtliche Schranken durchbrochen.

Noch deutlicher wird diese "schrankenbrechende" Wirkung der VG werden, wenn wir uns im folgenden § 3 der geschichtlichen Ausbildung des Kennzeichenschutzes zuwenden.

§ 3: Die geschichtliche Entwicklung des auf VG beruhenden Zeichenschutzes

I. Vor dem Gesetz betreffend den Markenschutz vom 30.11.1874

In der mittelalterlichen Zunftverfassung hatte die Marke eine große Rolle gespielt[1]. Sie war ein "Meisterzeichen" und vereinigte damit gleichermaßen Herkunfts- und Garantiefunktion[2]; sie erleichterte den Zünften die Überwachung der Erzeugnisse ihrer Mitglieder[3]. Selbstverständlich übernahmen es dabei die Zünfte, die Marken gegen Nachahmung zu schützen[4], da nur so die "Überwachungsfunktion" der Marke gewährleistet werden konnte.

Mit dem Niedergang der Zünfte gegen Ende des Mittelalters wurden die Marken schutzlos und ihre Bedeutung ging stark zurück[5]. Einige wenige Marken überstanden auch diese "Trockenzeit". Insbesondere waren dies die Rheinischen Eisen- und Stahlmarken[6]. Die Marken der Solinger Sensen- und Klingenschmiede waren in der ganzen mittelalterlichen Welt bekannt und hatten insofern unter den mittelalterlichen Zeichen, deren "Geltungskreis" in der Regel räumlich beschränkt war, eine Ausnahmestellung[7]. Wohl aus diesem Grunde fühlte sich auch die landesherrliche Territorialgewalt bemüßigt, ihnen anstelle der Zünfte durch Privileg vom 5.7.1600 Schutz zu gewähren[8]. Von da an waren diese

---

1) Darüber: Kohler, Recht des Markenschutzes S.44 ff., 53 ff.; Bußmann, Name S.6 ff.; Schmidt-Ernsthausen JW 1934,1096.
2) Kohler, Markenschutz S.44; Bußmann, Name S.6.
3) Kohler, Markenschutz S.44. 4) Bußmann, Name S.6.
5) Bußmann, Name S.8.
6) Kohler, Markenschutz S.53; Bußmann, Name S.8; Schmidt-Ernsthausen JW 1934,1096.
7) Schmidt-Ernsthausen JW 1934,1096; sie waren also modern gesprochen "berühmte Marken".
8) Nachweise bei Kohler, Markenschutz S.53.

Marken trotz wechselnder Territorialgewalten stets gesetzlich geschützt. Ja, als das preußische Gesetz vom 4.7.1840 den Marken, soweit sie Bildzeichen waren, den Schutz entzog, wurden sie schon zwei Jahre später durch landesherrlichen Erlaß vom 25.4.1842 von den Wirkungen des Gesetzes ausgenommen und ihr Schutz durch die Verordnung "zum Schutze der Eisen- und Stahlwaren in der Provinz Westfalen und in der Rheinprovinz" vom 18.8.1847 neu geregelt[1].

II. Durch das Reichsgesetz betreffend den Markenschutz (MSchG) vom 30.11. 1874 (RGBl I S.134) wurde der Markenschutz reichseinheitlich geregelt[2]:

Der Gesetzgeber wollte den Kaufleuten ein Mittel zur erleichterten Anknüpfung von Kundenkontakten zur Verfügung stellen, indem er ihnen ausschließlichen Schutz für die von ihnen gewählten Zeichen gewährte[3]. Zweck des Gesetzes war es also nicht, schon geschaffene Werte - Zeichen, die seit langem von einem Unternehmer benutzt und deshalb Sinnbild seiner Leistungen waren - gegen Nachahmung zu schützen[4]. Aus dieser Tendenz heraus - Zeichenschutz beruht auf einer "Gefälligkeit" des Gesetzgebers[5] - erklären sich auch die Grundzüge des Gesetzes:

Das Zeichenrecht wird durch Staatsakt (konstitutive Eintragung im Handelsregister) verliehen. (§§ 1,12 MSchG). Von dieser Verleihung sind andere Kennzeichnungsmittel als Bildzeichen, also insbesondere Wortzeichen und plastische Gestaltungen ausgeschlossen (§ 3 II MSchG). Im Konfliktsfall zwischen zwei eingetragenen Zeichen entscheidet die Priorität der Anmeldung.

Daraus folgte:

Ein nicht eingetragenes Zeichen war auch dann nicht geschützt, wenn es für den Inhaber einen beachtlichen Wert darstellte. Diese Negierung von Werten wurde mit dem abgedroschenen Satz: lex vigilantibus scripta gerechtfertigt[6]. Der Inhaber habe es in der Hand, rechtzeitig durch Anmeldung sich Zeichen-

---

1) Nachweise bei Kohler, Markenschutz S.54.
2) Dazu Kohler, Markenschutz; Landgraf, MSchG; Gierke, Deutsches Privatrecht I, 726 ff.; Otto Mayer ZHR 26,386 ff.
3) Fikentscher, Wettbewerb S.139 f.; RGZ 13,157(158).
4) Fikentscher, Wettbewerb S.139.
5) Auf diese verwaltungsrechtliche Verleihung weist auch Otto Mayer in ZHR 26,363(434) hin.
6) So RGZ 18,93(94) van Houten.

zu verschaffen[1].

Ein Konflikt zwischen eingetragenem und nichteingetragenem Zeichen war deshalb nicht möglich.

Ganz rein durchführen konnte der Gesetzgeber seine Grundkonzeption jedoch nicht. Er war gezwungen[2], wenigstens diejenigen Werte in Zeichenform zu schützen, die er bei der Neuregelung des Markenwesens bereits vorfand: Dies waren die bereits landesgesetzlich geschützten Zeichen: die Rheinischen Eisen- und Stahlmarken; aber auch diejenigen Zeichen, die bisher - auch ohne gesetzlichen Schutz - als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens galten. Sie konnten eingetragen werden, auch wenn sie aus Worten bestanden (§ 3 I MSchG). Ihre Anmeldung innerhalb eines Jahres hatte Priorität auch vor zeitlich früheren Anmeldungen (§ 9 MSchG).

Damit verhinderte der Gesetzgeber - allerdings unzureichend - die größten Unzulänglichkeiten, die sich daraus ergeben konnten, daß ein anderer Unternehmer sich diese Zeichen eintragen ließ und auf diese Weise die Früchte der langjährigen Arbeit eines anderen einheimste[3]. Dabei durchbrach der Gesetzgeber jedoch seine eigene Systematik und verleugnete seine Grundidee, die, wie sich zeigen sollte, den Bedürfnissen und Anschauungen des Verkehrs nicht entsprach. Der Handelsverkehr brauchte ein Gesetz, das das Geschaffene, die Leistung, die sich in der im Verkehr bekannten Marke verkörperte, schützte; an einem neuen Zeichen, an dem ihm "gnadenweise" ein Ausschließlichkeitsrecht verliehen wurde, an einer gesetzgeberischen "Schenkung" von Kontaktmöglichkeiten war er weniger interessiert. Sie hatte er sich schon selbst geschaffen. Darauf weist schon der Abgeordnete Dr. Grimm bei der Begründung seines Zusatzantrags hin[4]. Er führte aus[5]: Der Handelsstand begehre schon seit langem Schutz für seine Warenzeichen, insbesondere für diejenigen Warenzeichen, für die er durch eigene Leistung bereits ein gewisses Renommée erworben habe, so daß diese Zeichen für ihn einen Vermögenswert darstellten. Das Gesetz habe die vollste Veranlassung, gerade die im ehrlichen Handel anerkannten Wa-

---

1) Dies stimmt dann nicht, wenn es sich um ein Kennzeichen handelt, das von der Eintragung ausgeschlossen ist oder dessen Inhaber - weil Ausländer oder kein Vollkaufmann - die Eintragung nicht bewirken kann.

2) Die Erklärung, dies sei aus Billigkeitsgründen geschehen (so der Entwurf Begr. zu § 9 zit. bei RGZ 3,69 (71)), ändert an dem Tatbestand nichts. So auch Furler, Besitz S.55.

3) So der Entwurf Begründung zu § 9 zit. bei RGZ 3,69(70).

4) Er war bei der Schaffung der §§ 3 I, 9 MSchG maßgeblich beteiligt.

5) Zit. bei Landgraf MSchG § 3 Anm.3.

renzeichen unter seinen Schutz zu stellen. An der künftigen Beschaffenheit des Warenzeichen sei der Handelsstand weniger interessiert.

Fassen wir zusammen: das Markenschutzgesetz ging von einem wertfreien Raum aus[1], den es durch Zuteilung von Rechtsmacht zu gestalten gedachte. Daß dieser Ausgangspunkt verfehlt war, zeigten schon die in den §§ 3 I u. 9 MSchG enthaltenen Durchbrechungen des Prinzips.

Der Rechtsprechung war damit ein völlig unzureichendes Mittel in die Hand gegeben, um die "wohlerworbene Leistung" in Gestalt eines in beteiligten Kreisen bekannten Zeichens so zu schützen, wie es der allgemeinen Rechtsüberzeugung entsprach. Die ärgsten Unzuträglichkeiten hätten vielleicht dadurch verhindert werden können, daß man den schutzlosen (nicht eingetragenen) Zeicheninhaber gegen unlauteres, vorsätzlich schädigendes Verhalten des "Zeichennachahmers" schützte und ihm die actio doli bzw. die Klage aus Art.1382 cc gab[2]. Das Reichsgericht hat einen solchen Schutz jedoch abgelehnt: Das Markenschutzgesetz regle den Schutz der Warenzeichen abschliessend als Reichsgesetz und habe deshalb diese Rechtsbehelfe ausgeschlossen[3].

Diese Haltung des Reichsgerichts führte zu Entscheidungen, die für das Rechtsgefühl - auch das damalige[4] - völlig unverständlich waren:

So führte der Kläger in dem vom Reichsgericht am 30.11.1880 entschiedenen Fall schon lange für seinen Sprudel die Bezeichnung "Appolinarisbrunnen". Diese Bezeichnung war in den beteiligten Kreisen weithin bekannt. Zeichenschutz konnte der Kläger nicht erlangen, da es sich um ein Wortzeichen handelte. Er konnte dem Beklagten die Führung derselben Bezeichnung für seinen Sprudel nicht verbieten[5]. Die holländische Firma "van Houten" war als Produzentin von Schokoladeerzeugnissen in weiten Teilen des deutschen Reichs bekannt. Sie hatte als ausländische Firma ihr Zeichen bisher in Deutschland nicht eintragen lassen könnten. Dies tat aber die Beklagte, schickte der Firma eine Vorwarnung und ersuchte gleichzeitig um Lieferung von 14 Kisten Kaffee (Erpressung!). Die Löschungsklage der Firma van Houten wurde mit folgender Begründung abgewiesen[6]: Das Markenschutzgesetz ignoriere materielles Unrecht gegenüber formellem Rechtserwerb[7]. Der Gesetzgeber sei auch berechtigt ge-

---

1) So RGZ 18,93(101).
2) Je nach Rechtsgebiet: die actio doli auf dem Gebiet des gemeinen Rechts; Art.1382 cc auf dem Gebiet des code civil.
3) RGZ 3,67; RGZ 9,57; RGZ 18,93; RGZ 25,114.
4) Kohler, Markenschutz, S.89.
5) RGZ 3,67 ff.; eine gleichgelagerte Entscheidung in RGZ 9,57 ff.
6) Urteil des I ZS v. 13.11.1886 RGZ 18,93 ff.
7) a.a.O. S.101.

wesen, eine solche Regelung zu treffen, da er bei der Schaffung des Gesetzes einen Zustand vorgefunden habe, in dem die Verwendung von Kennzeichen als etwas rechtlich Indifferentes gegolten habe [1]. - Zeichenraub galt also nach der Ansicht des Reichsgerichts als erlaubt! -

In späteren Entscheidungen wurde dies schlagwortartig in folgenden Sätzen ausgeführt: Selbst dann, wenn der Beklagte das Zeichen lediglich gewählt habe, um dem Kläger unlautere Konkurrenz zu machen, habe dieser keinen Anspruch auf Schutz [2].

In dieser Reihe von Entscheidungen wirkt ein Urteil des ersten Senats vom 25.4.1885 wie ein einsamer Lichtblick [3]: Eine amerikanische Firma hatte ihre Bleistifte in Deutschland über einen deutschen Lizenznehmer vertreiben lassen. Dieser ließ sich das Warenzeichen der amerikanischen Firma für sich eintragen und ging, als die amerikanische Firma ihre Lizenz zurückzog und einem anderen übertrug, gegen diesen neuen Lizenznehmer aus dem Warenzeichen vor.

Das Reichsgericht wies die Klage des früheren Lizenznehmers mit der Begründung ab, der Zweck des Markenschutzgesetzes sei es nicht, ein Hilfsmittel zur Beeinträchtigung der freien Konkurrenz zu bieten und dem Zeicheninhaber eine Monopolstellung beim Vertrieb der Bleistifte zu verschaffen [4].

Zusammenfassend läßt sich also folgendes sagen: Nach der Rechtsprechung des Reichsgerichts erhielt der Inhaber eines nicht eingetragenen Zeichens selbst dann keinen Schutz, wenn die Nachahmung und Eintragung durch den Konkurrenten in der Absicht geschah, den guten Ruf des Zeichens für sich auszunützen.

III. Das Reichsgericht hatte sich mit dem Ausschluß des Verhaltensschutzes, der durch das Markenschutzgesetz nicht gefordert wurde, päpstlicher als der Papst gezeigt. Da der Ruf nach Hilfe des Gesetzgebers immer dringlicher wurde [5], wurde 1894 das ganze Warenbezeichnungsrecht gründlich

---

1) a.a.O. S.101.
2) Urteil des I ZS v.27.5.1889 RGZ 25,114; vgl. auch Urteil des I ZS vom 27.4.1887 RGZ 17,101: sein wirtschaftlicher Nachteil sei nach dem Willen des Gesetzes unbeachtlich.
3) RGZ 13,157 f.
4) RGZ 13,158.
5) Dies berichtet Meves, Schutz der Warenbezeichnungen S.1.

durch das Gesetz vom 12.5.1894 (WbezG) (RGBl I S.441) reformiert.

Es schaffte zunächst einmal die ärgsten Unzuträglichkeiten ab, indem es den Kreis der eintragungsfähigen Zeichen auf Wortzeichen erweiterte und so den Inhabern bekannter Wortzeichen überhaupt erst die Möglichkeit gab, durch Eintragung Zeichenschutz zu erlangen.

Weiter wurden die Inhaber dieser Zeichen durch einen Löschungsanspruch geschützt, falls ein anderer ihnen mit der Anmeldung und Eintragung ihres Zeichens zuvorgekommen war (§ 9 II), um so den "good will" des Zeichens für sich auszunützen.

Darüber hinaus erhielten Kennzeichnungsmittel, die in beteiligten Kreisen als Kennzeichen eines bestimmten Unternehmens galten, auch ohne Eintragung wenigstens einen deliktischen Schutz gegen das unlautere Verhalten anderer, die diese Kennzeichnungsmittel benutzten, um so die Abnehmer über die Herkunft der Waren zu täuschen (§ 15 WbezG). Der Gesetzgeber [1] hatte damit unter dem Druck der öffentlichen Meinung erkannt, daß es außer den traditionellen Warenzeichen auch Kennzeichnungsmittel gab, die dieselbe Funktion erfüllten, die aber doch oft deshalb nicht eintragbar waren, weil sie als Teil der Ware oder ihrer Verpackung eine plastische Form hatten.

Wie aus den Materialien ersichtlich, war sich der Gesetzgeber darüber im klaren, daß die Ausstattung von den Warenzeichen - insbesondere den Bildzeichen - nicht abgegrenzt werden kann [2]. Deshalb kann auch das nicht eingetragene Warenzeichen Ausstattung sein und damit, sobald es VG erlangt hat, gegen unlauteres Verhalten geschützt werden [3]. Damit hat der Gesetzgeber von 1894 erstmalig einer auf VG beruhenden Leistung unabhängig von der Eintragung wenigstens deliktischen Schutz gewährt. Die VG hatte damit ihre erste unmittelbare Anerkennung - nicht nur als Vermittlung einer Sonderstellung bei der Eintragbarkeit wie in §§ 3 u. 9 MSchG - erzwungen.

Im übrigen hat der Gesetzgeber - mit ausführlicher Begründung im Entwurf [4] aus Gründen der Rechtssicherheit sich - gegen Kohler [5] - wiederum für den Zeichenschutz auf Grund des Registereintrags entschieden [6]. Die seiner Ansicht

---

1) Begründung zum Entwurf abgedruckt in PMZBl. 1,25(27).
2) Begr. zu § 14 des Entwurfs PMZ Bl 1,37 ff.
3) Meves, Schutz der Warenbezeichnung S.200 ff.
4) PMZ Bl 1,34 zu § 8 des Entwurfs. Daß der Gesetzgeber das Problem: sachliches, auf VG beruhendes Recht oder Registerrecht gesehen hat, wurde weitgehend vergessen. Vgl. aber auch Ulmer, Wz.u.unl.Wb. S.19 Anm.1.
5) Die Rechtsentwicklung ist allerdings Kohler gefolgt. Die gesetzgeberische Wertung von der "Alleinstellung des Registerrechts" wurde als unerträglich

nach allein schutzwürdige [1] VG der Zeichen, die bis dahin noch nicht eintragungsfähig gewesen seien, sei durch die Löschungsklage gegen den "schnelleren" Nachahmer und durch die Eintragungsmöglichkeit ausreichend geschützt.

Daraus ergaben sich folgende Konsequenzen:

Absolut "negatorisch" geschützt ist nur das eingetragene Warenzeichen. Im Verhältnis zweier eingetragener Zeichen entscheidet die Priorität.

Das nicht eingetragene oder nicht eintragbare Zeichen mit VG wird lediglich deliktisch gegen unlauteres Verhalten - Nachahmung zum Zwecke der Täuschung der Abnehmer - geschützt [2] (§ 15 WbezG).

Offengelassen hat das Gesetz die Frage, ob § 15 WbezG auch einen Löschungsanspruch für den Fall gibt, daß das im Verkehr bekannte Zeichen nicht nur nachgeahmt, sondern auch von einem Mitwettbewerber angemeldet und daraufhin eingetragen wurde. Das Reichsgericht hat diese offengelassene Frage in verneinendem Sinne beantwortet. Es führte u.a. aus, daß es erlaubt sei, sich ein Zeichen anzueignen, das bereits andere gebraucht hätten, ohne es eintragen zu lassen (Zeichenraub ist also gestattet!). Durch die Eintragung sei der Wettbewerber rechtmäßiger Zeicheninhaber geworden, gleichgültig ob er von der VG des anderen wußte oder nicht [3]. Im Gegenteil: Ein Dritter könne das Kennzeichen mit VG für sich eintragen lassen und dann aus diesem Zeichen gegen den Inhaber der Ausstattung vorgehen [4], denn er "... hat nur von einem ihm zustehenden Recht (!) Gebrauch gemacht und die Schädigung des Beklagten (sc. des früheren Zeichenbenutzers) erscheint nicht als Folge des widerrechtlichen Verhaltens eines anderen, sondern des eigenen Verhaltens des Beklagten, wenn er die Eintragung so spät erwirkt hat" 5) 6).

---

empfunden (Ulmer, Wz.u.unl.Wb. S.20/21).

1) Zeichen mit VG, die schon unter der Geltung des MSchG hätten eingetragen werden können, verdienten keine Privilegierung, da der Nachteil auf das Unterlassen des Zeicheninhabers zurückzuführen sei. Neue Zeichen unverzüg- einzutragen, hätte jeder in der Hand. So die Begr. zu § 8 des Entwurfs in PMZ Bl.1,34.

2) So auch RGZ 38,104; RGZ 47,100. 3) RG JW 1898,172 Sparenbier.

4) Urteil des II ZS vom 10.2.1899. RGZ 44,13(16) Türkenkopf.

5) Zitat aus dem Urteil des II ZS vom 23.4.1898, RG JW 1900,301.

6) Ein Musterbeispiel, wie Begriffsjurisprudenz zum legitimierten Raub wohlerworbener Güter führen kann! Konträr zu diesen Entscheidungen steht die Rspr.d.RPA, welches ausführt, daß jede Aneignung fremder Güter, gleichviel ob diese unter Strafe gestellt ist oder nicht, nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den Anschauungen von Treu und Glauben im Verkehr mißbräuchlich ist (RPA Entscheidung Monopole PMZ Bl.1,95).

Freilich hatte das Reichsgericht bald "Angst vor seiner eigenen Courage" und zwar ging es um den Schutz besonders bekannter Zeichen gegen die geschilderte Art von Zeichenraub: Hatte sich ein Unternehmer ein Zeichen eintragen lassen, das in beteiligten Kreisen ein Inbegriff für die Qualität der Ware eines anderen geworden war, dann entsprach diese Eintragung nicht den "tatsächlichen Verhältnissen"; die Löschungsklage nach § 9 I Zif.3 WbezG war daher begründet[1].

Aber auch abgesehen von dieser Durchbrechung des Grundsatzes von der "Alleingeltung des Registerrechts" ließ sich die Rechtsprechung von der "Legalität des Zeichenraubs" nicht lange aufrecht erhalten. Die interessierte Öffentlichkeit konnte sich verständlicherweise nicht mit ihr abfinden, sie stieß auch auf starke Kritik im Schrifttum; dort wurde immer wieder betont[2], daß das allgemeine Rechtsgefühl einen Schutz des im Verkehr bekanntgewordenen Zeichens fordere; ein solches Zeichen sei ein Wertobjekt, das sich der Unternehmer im Laufe der Zeit durch Arbeit und mit Geldaufwand geschaffen habe. Die Wandlung setzte ein mit der Konzession des Reichsgerichts[3], daß die Löschungsgründe im Warenbezeichnungsgesetz nicht abschließend geregelt seien, sondern sich auch aus sonstigen privatrechtlichen Bestimmungen ergeben könnten. Damit wurde der Weg frei für die Anwendung der Bestimmungen, die vor sittenwidrigem Verhalten schützen: § 826 BGB und später § 1 UWG ermöglichen einen deliktischen Verhaltensschutz, der zur Löschung des Zeichens des "Zeichenräubers" führt[4].

Aber auch dieser umfassende Schutz gegen deliktisches Verhalten genügte offensichtlich nicht[5], denn der Inhaber eines im Verkehr bekannten, nicht eingetragenen Zeichens war nicht gegenüber gutgläubig erfolgten Nachahmungen und Eintragungen geschützt.

Der vorläufige Entwurf eines Warenzeichengesetzes von 1913[6] wollte ihm

---

1) Urteil des I ZS vom 8.12.1897, RGZ 40.91 u. Urteil des II ZS v.10.4.1900, JW 1900,446.

2) Veracius GRUR 1898,237(238); Alexander-Katz GRUR 1901,102; Wassermann GRUR 1904,63 ff.; Schaefer GRUR 1907,355.

3) Urteil des II ZS RGZ 48,233 v.11.6.1901.

4) § 826 BGB war jedoch nur bei "Ausnutzungsabsicht" anwendbar (RGZ 66, 236 ff. Sansibar). Die Anwendung des § 1 UWG war schon bei "bewußter Nachahmung" möglich (RGZ 77,431 u. RG JW 1914,204). Damit war § 15 WbezG durch § 1 UWG überholt (Hagens WbezG § 15 Anm.1).

5) Zur Kritik etwa Salinger MuW 12/13,23 u. Finger 2. A. WbezG S.354, die ein auf VG beruhendes dem eingetragenen Warenzeichen gleichartiges Zeichen annehmen.

6) Abgedruckt in GRUR 1913 Anh.S.40 ff.; dazu Finger MuW 12/13,621 ff.;

deshalb ein Recht zur Weiterbenutzung entsprechend § 6 PatG gegenüber einem gutgläubigen jüngeren eingetragenen Zeicheninhaber (§ 5) und einen Unterlassungsanspruch gegen jede Nachahmung ohne Eintragung (§ 34) geben. Der Entwurf wurde zwar nicht Gesetz. Durch eine Entscheidung des Reichspatentamts vom 7.5.1913 [1] erhält jedoch das im Verkehr bekannte Zeichen eine entscheidende neue Stärkung: Contra legem trägt das Reichspatentamt nach § 4 I Zif.1 WbezG eintragungsunfähige Zeichen ein, wenn sie sich im Verkehr als Kennzeichen der Ware eines Unternehmens durchgesetzt haben: Dies sei eine Selbstverständlichkeit, die sich aus Wesen und Zweck der Marke ergebe [2].

Damit hat jetzt der Inhaber jedes (Flächen)zeichens die Möglichkeit, sich vollwertigen Schutz für seine VG durch Eintragung zu verschaffen.

Und auch das Reichsgericht ist in der Folgezeit einen Schritt weitergegangen und hat (wie § 34 des Entwurfs) unter Zugrundelegung des § 1 UWG den im Verkehr bekannten Zeichen gegenüber einem nicht eingetragenen verwechslungsfähigen Zeichen einen "quasi negatorischen" Leistungsschutz zuerkannt, indem es zunächst den "dolus subsequens" dem Täuschungsvorsatz gleichstellte [3] und schließlich auf das subjektive Element in § 1 UWG überhaupt verzichtete [4]. Die Vorrangstellung des eingetragenen Zeicheninhabers blieb jedoch zunächst erhalten. Ihre "Auflösung" erfolgte vom Vorrats- und Defensivzeichen her. Es war für das Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit besonders unerträglich, daß der Inhaber eines eingetragenen Zeichens, das er noch nicht (Vorratszeichen) oder gar nicht (Defensivzeichen) als Kennzeichen für seine Waren benutzen wollte, Unterlassungsansprüche gegen-

---

Wassermann JW 1913,1178 ff.; Adler ZHR 75,1 ff.

1) MuW 12/13,669.

2) In Wirklichkeit beruht die Entscheidung auf dem Grundsatz, daß Inländer nicht schlechter behandelt werden dürfen als Ausländer. Nach Art.6 II Nr.2 PVÜ in der Washingtoner Fassung vom 2.6.1911 mußten die im Verkehr bekannten Marken von unionsangehörigen Ausländern, die unter das Eintragungsverbot des § 4 I Zif.1 WbezG fielen, bei Anmeldung dennoch in Deutschland eingetragen werden. So auch Wassermann, Meilensteine im Markenrecht, Bd.4 S.143 ff.

3) Urt. v.23.6.1914,RGZ 85,197(202) Berliner Rollmops.

4) Urt. v. 4.6.1920,RGMuW 20/21,33 Insel; Urt. v.8.3.1927 MuW 26/27, 338(340) Monblanc; die in der Waldbaur-Entscheidung vom 27.9. 1927,MuW 27/28,93(94) und der Kathreiner-Entscheidung vom 2.3.1928 MuW 1927/28, 335(337) erfolgende Bezeichnung der Ausstattung als quasi negatorisch geschütztes Rechtsgut ist demgegenüber nur von klarstellender dogmatischer Bedeutung.

über verwechslungsfähigen Zeichen haben sollte, die in beteiligten Kreisen bereits VG hatten.

In der bekannten "Goldina-Entscheidung" [1] erklärt das Reichsgericht die Geltendmachung solcher Ansprüche für sittenwidrig, wenn der eingetragene Zeicheninhaber wisse, daß das verwechslungsfähige nicht eingetragene Zeichen VG erlangt habe und er dennoch Ansprüche aus seinem Zeichen geltend mache. In der "Batschari-Krone-Entscheidung" wird dies auf den Nenner gebracht [2]: "der durch die Entwicklung des Verkehrs geschaffene tatsächliche Zustand verdient Schutz vor dem rein formalen Zeichenrecht." Deshalb komme es (anders noch das "Goldina-Urteil" [3]) nicht auf die Motivation, auf das Verhalten des Zeicheninhabers an.

Damit hat das Reichsgericht den Ansatzpunkt geschaffen, um über § 1 UWG das Zeichen mit VG zwar nicht der Form, so doch der Sache nach dem eingetragenen Zeichen gleichzustellen. In der "Sonnengold-Entscheidung" [4] ist das Reichsgericht diesen Schritt unter Verwendung der Figur des "dolus subsequens" gegangen.

Die Anerkennung des Zeichens mit VG (der Ausstattung) als gleichwertigem neben dem formellen Zeichenrecht stehenden absolutem Recht war jetzt nur noch eine Frage der Zeit. Dieser letzte Schritt war erforderlich, nicht nur um der dogmatischen Sauberkeit der Lösung willen, sondern auch um der Gefahr zu begegnen, daß das auf VG [5] beruhende Zeichenrecht gegenüber dem registerrechtlich geschützten Zeichen überbetont werde. Diese Gefahr war durch die seit RGZ 111, 192 ff. "Goldina" vom Reichsgericht vertretene Höherwertigkeit des Wettbewerbsrechts vor dem formalen Zeichenrecht augenscheinlich geworden. Es ist vor allem das Verdienst Ulmers [6], auf diesen Gesichtspunkt hingewiesen und betont zu haben, daß in der Registereintragung ein schutzwürdiger Eigenwert liegt.

In der "White Spot-Entscheidung" [7] nennt das Reichsgericht denn auch Ausstattung und Warenzeichen gleichwertige Rechte, deren Verhältnis durch den Prioritätsgrundsatz geregelt werde. Daran hat im folgenden auch der Bundesge-

---

1) Urt. v. 19.6.1925. RGZ 111, 192(197) für das Vorratszeichen; für das Defensivzeichen RGZ 114, 360 ff. Grammofox.

2) Urt. vom 4.12.1926, RG JW 1927, 774(775) Zitat. 3) Bemerkung des Verf.

4) Urt. vom 30.4.1928, RGZ 120, 325 ff.; ebenso Urt. v. 3.10.1930, RG JW 1931, 1475 Lil.

5) Callmann UWG § 16 Anm. 31 u. 31b; Reimer S. 260, 290, 295; Ulmer Wz. u. unl. Wb. S. 67.

6) In Wz. u. unl. Wb. insbes. S. 71 ff. 7) Urt. v. 26.5.1933. RGZ 141, 110(119).

richtshof kritiklos festgehalten[1]. Man kann heute ohne Übertreibung sagen, daß unser ganzes Kennzeichenrecht auf dieser Gleichwertigkeit beruht.

IV. Zusammenfassende Würdigung: Im Verlauf einer fünfzigjährigen Entwicklung hat sich die VG gegenüber Gesetzgebung und Rechtsprechung, die sie zunächst nahezu völlig negierten, durchgesetzt. Dabei lassen sich folgende Entwicklungsstufen feststellen:

Die Verkehrsgeltung gewährt nur eine Vorzugsstellung bei der Eintragung (MSchG von 1874).

Die VG erhält einen Schutz gegen unlauteres deliktisches Verhalten. Sie ist damit ein in gewisser Beziehung tatsächlich (reflektiv) geschützter Besitzstand (WbezG von 1894).

Die VG wird als sogenannter Besitzstand absolut (negatorisch) geschützt, unterliegt aber im Konfliktsfall dem Recht des eingetragenen Zeicheninhabers.

Die VG wird dem kraft Eintragung begründeten Zeichenrecht gleichgestellt; auch sie begründet ein absolutes subjektives Recht.

Im Laufe der Zeit hat es nicht an Versuchen gefehlt, schon auf der Grundlage der damals geltenden Gesetze das auf VG beruhende Zeichenrecht als subjektives absolutes Recht dogmatisch zu begründen. Ausgangspunkt war stets die mehr rechtspolitisch klingende Forderung, man müsse die Leistung im Handelsverkehr so vollständig wie möglich schützen[2]. Diese Versuchte scheiterten im wesentlichen an zwei Hindernissen; man hatte sie sich selbst aufgerichtet, weil man auf das Wesen der VG gar nicht einging:

Man konnte kaum bestreiten, daß der Gesetzgeber von 1894 in § 15 WbezG das Zeichen mit VG nur gegenüber unlauterem Verhalten schützen wollte. Es klingt deshalb wenig überzeugend, wenn Salinger[3] und Hagens[4] behaupten,

---

1) BGHZ 21,85(95) Spiegel; BGH GRUR 1958,544(547) Colonia.
2) Kohler, Markenschutz S.73 ff.; Alexander-Katz GRUR 1901,102; Veracius GRUR 1898,238; Salinger MuW 12/13,23 ff.
3) MuW 12/13,23 ff.
4) WbezG § 15 Anm.3: Hagens verwendet dabei das Prädikat "absolut" nicht als Bezeichnung für einen Schutz vor jedem nicht gerechtfertigten Eingriff, sondern er bezieht es auf den Kreis derjenigen, denen gegenüber das Rechtsgut geschützt ist. Absolut heißt bei ihm Schutz gegenüber jedem "qualifizierten Verletzer".

daß der Gesetzgeber damit ein absolutes subjektives Zeichenrecht gewährt habe, da ein mit gesetzlichem Schutz versehener Zustand ohne weiteres ein Recht sei[1]. Unrichtig ist auch die Beweisführung Seligsohns[2] und Fingers[3]. Diese wollen aus der Tatsache, daß der Ausstattungsinhaber die Verwendung seiner Ausstattung durch einen anderen erlauben konnte und daß diese Einwilligung den Tatbestand des § 15 WbezG ausschloß, auf die subjektive Rechtsmacht des Ausstattungsinhabers schließen. Daraus ist jedoch kein Schluß des Inhalts zulässig, daß die Rechtsnorm dem Geschützten ein subjektives Recht verleiht. In unserer Rechtsordnung schließt nämlich die Einwilligung des durch eine Rechtsnorm Geschützten stets die Tatbestandsmäßigkeit oder die Rechtswidrigkeit des "Eingreifenden" aus. Auch daraus, daß die Unternehmensbezeichnungen durch § 16 UWG als absolute Rechte geschützt werden, läßt sich richtigerweise keine veränderte Stellungnahme des Gesetzgebers zur Verkehrsgeltung entnehmen[4].

So war es in der Tat während der Geltung des Gesetzes von 1894 nicht möglich, in dogmatisch einwandfreier Weise zu begründen, daß § 15 WbezG ein absolutes subjektives Recht am Zeichen mit VG verleihe.

Dem stand aber auch noch ein zweites Hindernis entgegen: Seit jeher wollte man nur Rechtsstellungen von gewisser Dauer die Qualität eines subjektiven Rechts zuerkennen[5]. Da die VG nicht notwendig konstant ist und nur als Tatbestandsmerkmal des Ausstattungsschutzes verstanden wurde, konnte man in einer solch schwankenden Rechtsstellung nicht ohne weiteres ein subjektives Recht sehen[6].

Beheben lassen sich diese Hindernisse nur dadurch, daß man die VG als "Quelle" eines subjektiven Rechts bezeichnet und so die Ausstattung und die anderen auf VG beruhenden Kennzeichenrechte als durch die rechtsbildende Kraft der Volksüberzeugung entstandene subjektiven Rechte bezeichnet. Stellt man so die VG auf eine Ebene mit der ein subjektives Recht verleihenden Gesetzesnorm, so würde die Tatsache, daß die VG Schwankungen unterworfen ist oder

---

1) Salinger MuW 12/13,24.
2) WbezG § 15 Anm.3.
3) Finger 3.A. WbezG § 15 Anm.5.
4) Ulmer, Wz.u.unl.Wb. S.20 u. Anm.2; Pinzger 2.A. WZG § 25 Anm.11.
5) Ulmer, Wz.u.unl.Wb. S.91 m.N.; anders wohl Raiser JZ 1961,467, der solchen Rechten nur den "Zuweisungsgehalt" abspricht.
6) Anders Raiser JZ 1961,467, der jedoch bezweifelt, ob diese Rechte Immaterialgüterrechte sind, da wegen der mangelnden Konstanz eine Güterzuweisung nicht angenommen werden könnte.

ganz entfallen kann, nicht gegen den Charakter des auf VG beruhenden Zeichenrechts als eines subjektiven Rechts sprechen. Genauso, wie die ein subjektives Recht verleihende Gesetzesnorm aufgehoben werden kann und damit den Rechtsinhabern ihre subjektiven Rechte entzogen werden können, kann auch der Verkehr als die ein subjektives Recht im Einzelfall verleihende Rechtsquelle ein solches Kennzeichnungsrecht aufheben oder seinen Schutzumfang ändern.

§ 4: Die gesetzesdurchbrechende VG als Gegenstand der künftigen Untersuchung

I. In den §§ 2 und 3 wurde versucht, nachzuweisen, daß die VG sowohl die vom Gesetzgeber als auch die von der Rechtsprechung gezogenen Schranken "überspringt"; es wurde ferner angedeutet, daß diese Erscheinung nicht etwa mit Aussagen über das Wesen des subjektiven Rechts dogmatisch erklärt werden kann. Ziel einer dogmatischen Untersuchung kann nur die Klärung des Wesens der VG sein. Dabei muß versucht werden, die Erscheinung der VG in das System juristischer Begriffe und Kategorien einzuordnen. Ihrer wirtschaftlichen und psychologischen Seite kommt dabei Bedeutung nur in dem Sinne zu, daß eine etwa mögliche Kategorisierung diesen Seiten Rechnung tragen muß. Unmittelbaren Eigenwert für die Dogmatik haben sie nicht. Es bedeutet demnach auch keinen Fortschritt, wenn man die Marke mit VG etwa als verkörperten "good will" (Elsaesser[1]) oder als "Werbekraft" (Ulmer[2]) bezeichnet.

Nur dann, wenn sich das Wesen der VG einer Eingliederung in die hergebrachten juristischen Begriffe und Kategorien der Dogmatik entziehen sollte, käme ihrer wirtschaftlichen Auswirkung die Bedeutung einer Anregung an den Richter zu, diesen wirtschaftlichen Faktoren im Rahmen seiner Aufgabe, das Recht zu ergänzen und fortzugestalten, Rechnung zu tragen, wenn die Interessen der Wirtschaft und des Wirtschaftsverkehrs dies erfordern. Seit Ulmer[3] machte man diesen zweiten Schritt vor dem ersten. Man verzichtete von vornherein darauf, den Gehalt der VG mit Begriffen des juristischen Systems zu erfassen - einer der Gründe mag wohl die Furcht vor einer falsch verstandenen[4]

---

1) S.113 ff. 2) Wz. u.unl.Wb. S.21. 3) a.a.O. S.17 ff., 23 ff.
4) Dazu Raiser, AGB S.46 und zum "autonomen" Wert der Begriffe des juristischen Systems in "dingliche Anwartschaften" S.45 f.

Begriffsjurisprudenz gewesen sein.

Dies führte scheinbar folgerichtig dazu, die VG nur als Mittel zur Interessenbewertung durch den Richter zu bezeichnen [1].

II. Diese Methode der Interessenabwägung ist jedoch lediglich bei der VG angezeigt, deren Rechtswirkung direkt oder indirekt auf dem Gesetz beruht. Der hier vom Gesetzgeber gewählte, an seinen Rändern unbestimmte Begriff der "Kenntnis beteiligter Kreise" bedarf der richterlichen Konkretisierung im Einzelfall. Dies erfolgt, wie der BGH klargestellt hat, durch eine Abwägung der Interessen des Unternehmers am Zeichenschutz und der Interessen der Konkurrenten am Freibleiben des Zeichens. Schwierigkeiten ergeben sich hier nur dann, wenn Interessen der Konkurrenten an der Gemeinfreiheit des Zeichens nicht feststellbar sind. Wie ist in diesen Fällen der erforderliche Grad an Bekanntheit, die unterste Grenze der erforderlichen VG zu bestimmen?

Hier hilft der Gedanke des Publizitätsprinzips weiter, das Ulmer [2] für den Bereich der Kennzeichenrechte dienstbar gemacht hat: Die Unkörperlichkeit der Kennzeichen, ihre Ungebundenheit an Zeit und Raum, bedingt auf der anderen Seite, daß - wenigstens nach unserem Rechtsgefühl - Ausschlußrechte an ihnen erkennbar sein müssen. Dem Unternehmer soll nicht zugemutet werden, mit Mühe und Kosten eine Marke einzuführen, um anschließend in einem kostspieligen Prozeß gegenüber dem älteren Zeicheninhaber zu unterliegen [3].

Aus dieser Erkenntnis ergibt sich die unterste Grenze der erforderlichen VG: eine Marke muß mindestens einem so großen Personenkreis bekannt sein, daß ein gewissenhafter konkurrierender Unternehmer davon Kenntnis erhalten kann [4]. Damit ist auch die Rechtsprechung des BGH gerechtfertigt, die den Schutz aller gewerblichen Kennzeichen grundsätzlich auf den Gleichartigkeitsbereich beschränkt; bedenklich vom Standpunkt des Publizitätsinteresses aus ist jedoch die Tendenz, Unternehmenskennzeichen auch ohne VG zu schützen [5]. Diese Bedenken werden nur dadurch gemildert, daß der Schutz trotz mangelhafter Pub-

---

1) Siehe oben S. 75 ff.
2) Wz. u. unl. Wb. S. 61 f., S. 85 f.
3) Ulmer a.a.O. S. 86.
4) Vgl. Spengler, AWR 1937, 186: "Alle Kennzeichnungsrechte ... bedürfen zu ihrer Begründung eines Publizitätsakts .... Ihre Entstehung hängt .... von einer Kundbarmachung in der Außenwelt ab.
5) Ulmer a.a.O. S. 108.

lizität nur für unterscheidungskräftige Kennzeichen gilt, die in der Regel schnell VG erlangen, und daß in diesem Übergangsstadium eine zufällige Koinzidenz sehr unwahrscheinlich ist. Diese Wertung spricht auch gegen einen Schutz der sog. Ausstattungsanwartschaft. Sie kann wegen mangelnder Publizität nur im Rahmen des § 1 UWG geschützt werden[1].

III. Die Interessenbewertung führt jedoch bei der VG, die einer Marke zum Rechtsschutz entgegen Gesetz oder ständiger Rechtsprechung verhilft, nicht weiter. Diese Methode hat, wie gezeigt, lediglich Bedeutung bei der Ausfüllung unbestimmter gesetzlicher Begriffe.

Die gesetzesdurchbrechende VG hingegen unterscheidet sich schon in ihrer Struktur wesentlich von dem gesetzlichen Begriff der VG: Sie ist stets mehr als die in § 25 WZG genannte Kenntnis eines nicht unbeträchtlichen Teils der Verbraucher. Sie bedeutet die größtmögliche Bekanntheit, die eine Marke in der Bevölkerung überhaupt erreichen kann; damit wird in jedem Fall über den Kreis der Marktpartner hinausgegangen. Weiter ist diese VG nicht bloße Kenntnis einer Marke und damit der Ware, sondern es schwingen auch wertende Momente mit: Die Bevölkerung ist der Überzeugung, daß diese Marke eine Garantie für die besondere Güte einer bestimmten Ware darstelle.

Allein diese VG ist Gegenstand der weiteren Untersuchung. Sie setzt eine gemeinschaftliche Überzeugung der Bevölkerung voraus und führt zum Rechtsschutz für eine bestimmte Marke.

Könnte man nachweisen, daß diese gemeinschaftliche Überzeugung eine Rechtsüberzeugung ist, so könnte man die These aufstellen, daß sich im Bereiche der VG eine Gewohnheitsrechtsbildung im Einzelfall vollzieht: Die Gemeinschaft verleiht durch ihre Überzeugung, daß diese Marke rechtmäßig nur einem Unternehmer zusteht, diesem ein ausschließliches Recht an der Marke.

Die Prüfung einer solchen These setzt eine Beschäftigung mit der Rechtsquelle "Gewohnheitsrecht" voraus. Dies soll im folgenden Paragraphen geschehen. Dabei wird besonderes Gewicht darauf zu legen sein, daß es sich hier um eine Gewohnheitsrechtsbildung im Einzelfall handeln würde.

---

1) Spengler AWR 1937, 186.

§ 5: Das Gewohnheitsrecht

I. Vorbemerkung: Wenn wir von "Gewohnheitsrecht" sprechen, so kann das zweierlei bedeuten:

> wir meinen die Rechtsquelle "Gewohnheitsrecht" oder den Rechtssatz, die Norm, die angewendet werden soll.

Weder der Begriff der Rechtsquelle noch der des Rechtssatzes, der Norm, wird im eindeutigen Sinn verwandt. Es bedarf deshalb zunächst einer Klärung der Begriffe für unsere Untersuchung.

1. Rechtsquelle nennt man [1]:

a) die rechtsbildenden Faktoren. Hier handelt es sich um den soziologischen Begriff der Rechtsquelle [2]. Darunter fällt alles, was de facto irgendwie für das Entstehen von Recht kausal wurde. Im Anschluß an Liver [3] spricht man hier besser von Rechtserzeugungsquellen;

b) die "letzten Quellen des Rechts", also naturrechtliche Prinzipien wie der Wille Gottes, die Vernunft, die Idee der Gerechtigkeit. Das sind Rechtserkenntnisquellen (Esser [4]) oder Wertungsquellen (Liver [5]);

c) die Formen, in denen gültige Rechtssätze entstehen, etwa als Gesetz, Verordnung, Satzung oder Gewohnheitsrecht. Das ist der spezifisch juristische Rechtsquellenbegriff [6], nämlich das "rechtstheoretische Problem des Erkenntnisgrundes für etwas als Recht" [7]. Nur in diesem Sinn soll im weiteren von Rechtsquelle gesprochen werden [8].

---

1) Vgl. dazu Liver, Begriff der Rechtsquelle, Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein S.1 ff.; Alf Ross, Theorie der Rechtsquellen, insbes. S.290 ff.

2) Liver S.9; Ross S.291.

3) S.4.

4) Grundsatz und Norm S.134.

5) S.6; vgl. auch Ross S.291.

6) Liver S.8 ff. insbes. S.13.

7) Zitat aus Ross S.291.

8) Dabei darf freilich nicht verkannt werden, daß dies rein begriffliche Unterscheidungen sind, die sich in Wirklichkeit häufig verwischen. Der Richter, der feststellen will, ob die Rechtsquelle Gewohnheitsrecht vorliegt, muß auf Rechtserzeugungsquellen auf dem Gebiet des Sozialen zurückgreifen. Der Vorwurf des Methodensynkretismus, den Ross (S.291 ff. u.ö.) denjenigen macht, die sich nicht klar für den einen oder anderen Rechtsquellenbegriff entscheiden, trifft deshalb nicht zu.
Beispielhaft in dieser Richtung etwa Esser: "Der intentionale Rechtsschöpfungsakt" (sc. nämlich gerichtet auf die Verwirklichung gewisser Werte) "sozia-

2. Der Rechtssatz. Es kommt bei dieser Begriffsklärung darauf an, eine Grundlage zu schaffen, auf der weiter gearbeitet werden kann. Es wäre deshalb unrichtig, schon hier darzulegen, welche rechtstheoretischen Anforderungen an die äußere Form eines Rechtssatzes gestellt werden oder zu stellen sind. Aus diesem Grunde wird der gängigere Begriff der Norm[1]), der schon allzu sehr in einem bestimmten rechtstechnischen Sinn festgelegt ist, nicht verwandt.

Unter Rechtssatz verstehen wir eine Anordnung auf dem Gebiet des Rechts, die von den Rechtsunterworfenen zu beachten ist. Gleichgültig ist, ob diese Anordnung nur einen Einzelfall betrifft, oder sich auf ein einheitliches Sachgebiet erstreckt, das sie mittels der Abstraktion bereits im voraus für alle regelt, die es angeht.

Im weiteren Fortgang werden wir unter dem Begriff "Gewohnheitsrecht" die Rechtsquelle verstehen, d.h. die Art und Weise, in der ein (Gewohnheits) rechtssatz entsteht.

II. Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts:

Dem heute nahezu allgemein vertretenen Gewohnheitsrechtsbegriff liegen drei Elemente zugrunde:

1. ein abstrakt formulierter Satz, eine Regel, eine Maxime, die

2. von der Gemeinschaft während einer gewissen Zeitdauer geübt wird,

3. in der Überzeugung, daß das Geübte Recht ist, oder was gleichbedeutend ist, in dem Willen, daß das Geübte als Recht gelten solle.

Damit ist der geübte Satz ein dann notwendig abstrakter Rechtssatz mit genereller Wirkung.

Die Voraussetzung zu 1) erwähnt lediglich H.J. Wolff ausdrücklich[2]): Man

---

len Handelns ist Rechtsquelle." (Zitat aus Grundsatz und Norm S.197).
Es ist überhaupt ein Kunstgriff des Positivismus, die Unrichtigkeit "wertbezogener" Jurisprudenz durch den Nachweis zu belegen, daß bestimmte begriffliche Unterscheidungen nicht mit aller Strenge durchgeführt wurden. Typisch etwa Bergbohms Kritik am Naturrecht in "Jurisprudenz und Rechtsphilosophie". Dabei wird verkannt, daß die Wirklichkeit sich exakter begrifflicher Fixierung häufig entzieht.

1) Vgl. etwa Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
2) Verwaltungsrecht S.99 i.V. mit S.92.

könne erst dann von Gewohnheitsrecht sprechen, wenn sich die Übung in einem abstrakt-generellen Rechtssatz formulieren lasse. Sie ist jedoch auch für die h.M. eine Selbstverständlichkeit [1]: die Gemeinschaft kann immer nur eine Regel, einen abstrakten Satz "üben", d.h. sie kann sich nur eine Verhaltensweise zur Maxime machen, die abstrakt formulierbar ist und deshalb für alle Übenden gilt.

Daß die beiden anderen Voraussetzungen, die Rechtsüberzeugung und die Übung, Rechtserzeugungsquellen sind, ist heute nahezu unstreitig [2]; es könnte geradezu der Eindruck entstehen, daß der Begriff des Gewohnheitsrechts mit seinen Elementen: abstrakter Satz, Rechtsüberzeugung und Übung heute gewohnheitsrechtlich festgelegt ist!

Daß dieser Eindruck trügt, darauf deutet ein Urteil des 3. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 30.1.1958 hin. In ihm führt der Senat aus, daß "für die Entstehung von Gewohnheitsrecht ... eine andauernde Übung nicht notwendig ist. Entscheidend ist nur das Vorhandensein eines ... Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft" [3].

Dieses Urteil gibt Veranlassung, daran zu erinnern, daß während des 19. Jahrhunderts ein heftiger Streit darüber entbrannt war, welche Fakten die Elemente des Gewohnheitsrechts sind; zu einer Zeit also, in der das Gewohnheitsrecht eine bedeutendere Rolle als heute spielte und umfangreiche Untersuchungen darüber angestellt wurden.

III. Im folgenden soll daher unter Beschränkung auf die Stellungnahme zu dem Gewohnheitsrecht und seinen Elementen (dem abstrakten Satz, der Volksüberzeugung und der Übung), ein geschichtlicher Rückblick gegeben werden.

1. Im Zeitalter der Aufklärung wurde das Gewohnheitsrecht von den Theoretikern des Vernunftrechts nicht anerkannt. Maßgebend waren im wesentlichen

---

1) Vgl. dazu BGH NJW 1958,709; Enneccerus-Nipperdeys Beispiel in § 32 II 2 und auch § 39 I; Larenz, Methodenlehre S.270 und Rümelin, Gewohnheitsrecht S.15 u. 41.

2) Aus der Fülle der Literatur nur die neueste: Wackernagel, Haff-Festschrift S.361; Liver S.13; Larenz NJW 1951,497 u. Methodenlehre S.269 ff.; Enneccerus-Nipperdey §§ 38,39; Lehmann § 3 III; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht § 25 IIIa (S.99); Forsthoff, Verwaltungsrecht § 7; Steindorff BB 1955, 1001,1002 f.

3) Zitat aus BGH NJW 1958,709.

politische Gründe, die rechtstheoretisch "verkleidet" wurden.

a) Die in der Aufklärung entwickelten Vernunftrechtslehren waren zunächst eine Kampfansage an das damals geltende Recht gewesen [1]. Sie trachteten danach, alle, der natürlichen Gleichheit aller Menschen widersprechenden Vorrechte Einzelner zu beseitigen [2]. Diese sog. Privilegien beruhten meist auf Gewohnheitsrecht.

Um die Abschaffung dieser Privilegien zu erreichen, stellte man dem geltenden Recht ein Naturrecht gegenüber, das allein - ausgehend von der Hypothese, der Mensch sei ein vernunftbegabtes Wesen, er könne demnach nur vernünftig handeln - kraft seiner Rationabilität, seiner logischen Evidenz wie ein Naturgesetz für alle gelte [3].

Der Mensch sei, so lehrte man, zwar seiner Natur nach schwach oder auch bösartig, stets aber handle er vernünftig. Er habe deshalb in Erkenntnis dieser seiner Schwächen oder Triebhaftigkeit die notwendigen rechtlichen Maßnahmen ergriffen, um sich selbst vor anderen zu schützen.

Diese "vernünftigen" Maßnahmen sind Naturrecht. Daraus folgte zweierlei:

aa) das Gewohnheitsrecht, das nicht rational erklärbar, nicht logisch evident ist, ist keine Rechtsquelle [4].

bb) ein Rechtssatz (des Naturrechts) muß wie ein Naturgesetz für alle gelten und deshalb abstrakt formuliert werden [5].

Mit letzterem Erfordernis wurde außer dem Abbau der Privilegien auch "naturrechtlich" gefordert, daß der Staat keine ungleichen Belastungen verhängen dürfe.

Damit diente der abstrakt-generelle Rechtssatz auch der Verteidigung der Freiheit der Bürger gegenüber dem Staat [6]. In letzterem Sinne war er besonders

---

1) Vgl. Boehmer, Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung 2.Bd. 1.Abt. S.43; Bergbohm, Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S.171; Wieacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit S.133 ff., 155.

2) Bergbohm S.170.

3) Vgl. dazu die Darstellungen von Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.133 ff., insbes. 137,140,146,155; Esser, Einführung S.68 ff.; Boehmer, Grundlagen S.24 ff., 43; Dahm, Deutsches Recht S.135 ff.

4) Bergbohm S.170; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.155.

5) Dahm S.143; Boehmer, Grundlagen S.44.

6) Vgl. dazu die Angaben bei Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt S.20 ff.; Dahm, S.144.

Gegenstand der Betrachtungen Rousseaus[1]. Bei ihm war nur das von der "volonté générale" Gewollte Recht: Diese "volonté" ist nur dann allgemein, wenn sie sich auf einen allgemeinen Gegenstand bezieht, d.h. eine für alle geltende Regelung trifft.

b) Gegen Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts hatte die Vernunftrechtsbewegung ihr Ziel erreicht: der staatliche Gesetzgeber schuf Gesetze, die in ihrer Tendenz Aufzeichnungen von Naturrechtssätzen darstellten[2]. Dem Gewohnheitsrecht wurde der Charakter einer selbständigen Rechtsquelle aberkannt[3], es galt nur nach Maßgabe der Gesetze oder war ganz abgeschafft.

Der einzelne Gesetzesrechtssatz war abstrakt formuliert und hatte generelle Wirkung.

2. Zu Beginn des 19. Jahrhunderts wurde durch die Untersuchungen von Kant[4] und durch weltgeschichtliche Ereignisse der Glaube an die Allmacht der ratio erschüttert[5]. Philosophie und Dichtung erschlossen neue Lebensbereiche: man entdeckte das Irrationale, das Wachsende, das nicht mit Mitteln der Vernunft zu erklären ist, dann auch das Volk und seine Geschichte, die Gebundenheit der Menschen in Zeit und Raum.

Diese allgemeine Umwälzung im Geistesleben erreichte auch die Rechtswissenschaft: Das Vernunftrecht war zum "Kathedernaturrecht"[6] herabgesunken, das durch "Begriffsmathematik" den bestehenden Zustand, die geltenden Gesetze, die ja naturrechtlich begründet waren, zu rechtfertigen suchte[7].

---

1) In Contrat Social II,4. Dieser Rechtsbegriff wurde jedoch auch von Kant und Montesquieu vertreten, vgl. die Nachweise bei Böckenförde üb. Montesquieu S.29 ff., S.34, über Kant S.94 ff.; vgl. aber auch die Darstellung von Carl Schmitt, Verfassungslehre § 13.

2) So ist etwa das preußische ALR von 1794 den Systemen von Pufendorf und Christian Wolff nachgebildet; vgl. Boehmer, Grundlagen S.38 und Wieacker Privatrechtsgeschichte S.204 f.

3) z.B. § 3 Einl. ALR.

4) Kant erkannte, daß sich aus der Natur des Menschen keine abstrakt-generellen Sätze ableiten lassen, sondern "daß jeder materialethische Inhalt nur aus der konkreten Situation, in der sich der Handelnde befindet, empirisch konkret bestimmt werden kann". Zitat aus Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit S.166.

5) Dahm S.145; Wieacker S.217 ff.; Erik Wolf, Große Rechtsdenker S.466.

6) Der Ausdruck stammt von Esser, Einführung S.72.

7) Esser, Einführung S.74; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.217 f.

Die historische Schule [1] trug die allgemeine Zeitströmung in den Bereich der Rechtswissenschaft. Sie lehnte die Schaffung von Recht durch den Gesetzgeber, die ja nach der damaligen Lage nur eine Kodifikation von Vernunftrechtssätzen sein konnte, als "unorganisch" ab [2]. Das ihr gemäße Recht war das Gewohnheitsrecht als organische, aus dem Volk stammende Rechtsbildung [3]. Der Gesetzgeber wurde im wesentlichen zum "Aufzeichner" von Gewohnheitsrechtssätzen degradiert.

a) Georg Friedrich Puchta gab der neuen Lehre das theoretische Fundament in seinem 1828 und 1837 erschienenen zweibändigen Werk über das Gewohnheitsrecht:

Das Recht ist bei ihm eine Schöpfung des tätigen, aktiven Volksgeistes [4], den Puchta beinahe metaphysisch als eine geheimnisvolle, im Volksganzen wirkende Kraft versteht [5]. Dieser Volksgeist bewirkt, "daß es Ansichten und Überzeugungen gibt, die dem einzelnen nicht als solchem, sondern als Glied eines Volkes angehören und die ihn aus diesem natürlichen Grunde mit den übrigen Gliedern desselben gemeinsam sind" [6]. Dieses Wirken des Volksgeistes macht sich auf allen kulturellen Bereichen bemerkbar, in der Religion, der Moral und im Recht [7].

Liegen solche übereinstimmenden Ansichten auf dem Sektor des Rechts vor, so s c h a f f e n sie nicht eta Recht, sondern s i n d Recht, Rechtssätze - Gewohnheitsrechtssätze -. Schöpfer des Rechts ist also allein der Volksgeist [8].

---

1) Darüber etwa Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.217 ff.; Boehmer, Grundlagen S.46; Erik Wolf, Rechtsdenker, S.464 ff., insbes. S.466; Dahm S.145 ff.; Koschaker, Europa und das Römische Recht S.254 ff.; Esser, Einführung S.74 ff.

2) So Savigny in seiner Programmschrift: "Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft"; darüber Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.234 f.; Boehmer, Grundlagen S.50.

3) Erik Wolf, Rechtsdenker S.491.

4) Gewohnheitsrecht I S.133 ff., insbes. 138 ff.

5) Gewohnheitsrecht I S.138 f.

6) Zitat aus Gewohnheitsrecht I S.138/139.

7) Gewohnheitsrecht S.139.

8) Puchta identifiziert immer wieder Volksgeist und Volksüberzeugung und bezeichnet deshalb auch die Volksüberzeugung als Rechtsschöpfer. Andererseits unterscheidet er davon die bereits in einer bestimmten Regelung konkretisierte Überzeugung als R e c h t s ü b e r z e u g u n g. Diese R e c h t s ü b e r z e u g u n g ist R e c h t. So ganz deutlich in Pandekten § 9: "das Gewohnheitsrecht" (er

Die Übung oder Sitte ist lediglich ein [1], nicht das einzige [2] Erkenntnismittel dafür, daß sich eine solche Rechtsüberzeugung gebildet hat. In ihr richtet das Volk seine Handlungen entsprechend einer bereits gebildeten Überzeugung aus [3]. Keinesfalls ist die Übung ein konstitutives Merkmal des Gewohnheitsrechts [4]. Diese Betrachtungsweise verwechselt nach der Ansicht Puchtas Beweismittel und Entstehungsgrund [5].

b) Savigny übernahm die Puchta'sche Gewohnheitsrechtslehre mit geringen Abwandlungen [6].

Er erkannte, daß Puchta mit dem Ausschluß der Zeit, der Dauer, der Übung als Kausalfaktor für das Entstehen einer Rechtsüberzeugung über das Ziel hinausgeschossen war und räumte ein, daß sich auch durch Übung eine Rechtsüberzeugung und damit Recht bilden könne [7].

Weiter sah er klarer als Puchta, der sich - absichtlich? - darüber ausschweigt, das "punctum saliens" der Theorie, daß übereinstimmende Rechtsansichten schon als solche Recht seien: der Rechtssatzbegriff der Vernunftrechtslehre als einer abstrakt - begrifflich formulierten Regelung mit genereller Wirkung, die subsumtionsfähig ist, ist dann nicht mehr anwendbar [8].

Übereinstimmende Rechtsansichten können niemals abstrakt formuliert sein [9], sondern entstehen in der Regel am Einzelfall [10], setzen sich vielleicht als Übung bei gleichgelagerten Fällen fort und sind dann abstrakt formulierbar: Es ist eine, nur vom Positivismus [11] bestrittene Tatsache, daß es einen Fundus

---

meint den Rechtssatz) "ist die gemeinsame rechtliche Überzeugung, wie sie durch den Einfluß des Volkes auf die Glieder entsteht und sichtbar wird vor allem in der Übung und Gewohnheit." Vgl. auch Gewohnheitsrecht I S.167 ff. u. II S.39.

1) Gewohnheitsrecht I S.145,148,167 ff., insbes. 180; Gewohnheitsrecht II S.9
2) Gewohnheitsrecht II S.120 f. u. S.39; Pandekten § 9.
3) Gewohnheitsrecht I S.144.
4) Gewohnheitsrecht I S.169 u. II S.5.
5) Gewohnheitsrecht I S.172.
6) In System des heutigen Römischen Rechts I §§ 7,12,29.
7) System I § 12 S.36.
8) System I § 7 S.16; der Vorwurf von Rümelin, Gewohnheitsrecht S.37 Anm.2 ist damit nicht berechtigt!
9) Savigny, System I § 7 S.16; Rümelin, Gewohnheitsrecht S.41.
10) Vgl. Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.354 ff.
11) Vgl. etwa Bergbohm 454 ff., 480 ff., 495,497.

von Werteinsichten geben muß, deren jedermann teilhaftig ist[1]. Diese Werteinsichten sind - meist nicht "aussprechbar" - vorhanden und bewähren sich bei der Stellungnahme im einzelnen Fall; sie werden zur Rechtsansicht. Savigny faßt diese Werte begrifflich als "Rechtsinstitute in ihrem organischen Zusammenhang"[2]. Darunter versteht er "typische Lebensverhältnisse" wie etwa Ehe und Familie[3]. Aus ihnen wird dann im "Bedürfnisfalle" die abstrakte Regel, der Rechtssatz, gebildet[4].

Damit hat Savigny jedoch den Rechtssatzbegriff des Vernunftrechts[5] übernommen[6] und muß jetzt, um seine Prämisse von der praepositiven Existenz der Rechtssätze halten zu können, das Volk von der Erzeugung des Rechts ausschalten[7], überspitzt ausgedrückt: er muß auf das Gewohnheitsrecht als Rechtsquelle verzichten. Nur Juristen sind imstande, ihre Rechtsansichten "rechtssatzförmig" zu formulieren[8]. Sie vertreten deshalb das Volk bei der Erzeugung des Gewohnheitsrechts.

Das Gewohnheitsrecht der historischen Schule ist in Wahrheit Juristenrecht[9], "Professorenrecht"[10].

3. An diesem Rechtssetzungsmonopol der Wissenschaft entzündete sich in den 40er Jahren des vorigen Jahrhunderts der Streit zwischen Germanisten und Romanisten[11]. Erst die Germanisten führten eigentlich das Programm[12] der historischen Rechtsschule durch: Sie stellten dem "Juristenrecht" ein "Volks-

---

1) Rümelin, Gewohnheitsrecht S.39; siehe auch unten S.129 ff. m.w.N.
2) Zitat aus System I § 7 S.16.
3) System I § 5 S.9.
4) System I § 7 S.16.
5) Daß die historische Rechtsschule in vielem das Erbe des Vernunftrechts angetreten hat, ist heute unstreitig; vgl. etwa Koschaker S.268 f., 278; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.228.
6) Darauf weist Savigny in System I § 5 S.9 deutlich hin: "Das Urteil über das einzelne (sc. subjektive) Recht ist nur möglich durch Beziehung der besonderen Tatsachen auf eine allgemeine Regel, von welcher die (einzelnen) Rechte beherrscht werden."
7) Vgl. dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.236 f.
8) Savigny, System I § 14 S.45 f.; Puchta, Gewohnheitsrecht II S.18.
9) Savigny: "... die wesentliche Identität des Gewohnheitsrechts mit dem wissenschaftlichen Recht ...." Zitat aus System I § 20 S.91.
10) Der Ausdruck stammt von Koschaker S.257, vgl. auch S.265 ff.
11) Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.237.
12) Erik Wolf, Rechtsdenker S.665.

recht" gegenüber (so Georg Beseler in "Volksrecht und Juristenrecht", 1843) und machten damit das Volk zum Erzeuger des Gewohnheitsrechts.

Unter ihrem Einfluß wurde in der nachfolgenden Literatur über das Gewohnheitsrecht dem Juristenstand die Befugnis, das Volk bei der Gewohnheitsrechtsbildung zu vertreten, abgesprochen. Die Juristen haben lediglich einen motivierenden, einen führenden Einfluß bei der Bildung einer Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft [1].

Dann mußte man aber entweder den abstrakt-generellen Rechtssatzbegriff des Naturrechts oder die These von der Identität von Rechtsüberzeugung und Rechtssatz aufgeben.

Die Lehre ist letzteren Weg gegangen und hat den abstrakt-generellen Rechtssatzbegriff beibehalten. Ursächlich dafür war wohl der sich immer mehr durchsetzende Primat des Gesetzgebers bei der Rechtsbildung und der sich daran anschließende Gesetzespositivismus [2] in der Wissenschaft.

Die Form des Gesetzesrechtssatzes wurde der Maßstab auch für die Rechtssätze anderer Rechtsquellen [3]. Sie war durch die damalige Staatsform des Konstitutionalismus bedingt [4]: Die staatsrechtliche Konstruktion einer vom Staat unabhängigen Gesellschaft führte zu einer Einschränkung der Staatsgewalt und machte eine Kompetenzverteilung zwischen dem Monarchen als dem Träger der Staatsgewalt und dem Parlament als dem Repräsentanten der Gesellschaft erforderlich [5]. Sie wurde durch das Gegensatzpaar abstrakt-generell und konkret-individuell gefunden. In die "Hausmacht" des Monarchen fiel die Erteilung von Anordnungen im Einzelfall. Anordnungen mit genereller Wirkung konnten grundsätzlich nur als Gesetze unter der Mitwirkung des Parlaments erlassen werden [6]. Durch diese Gesetze wurde wiederum die Macht

---

1) Typisch etwa Windscheid, Pandekten I § 17 S.44.
2) Darüber Dahm S.154 ff., insbes. S.158.
3) Typisch etwa Laband, Staatsrecht II § 54 S.2 Anm.1.
4) Darüber Jesch, Gesetz und Verwaltung durchgehend; Carl Schmitt, Verfassungslehre §§ 12,13; ausführlich auch Böckenförde, Gesetz und gesetzgebende Gewalt.
5) Jesch, Gesetz und Verwaltung S.76 ff.
6) Durch den sich durch das ganze 19. Jahrhundert hinziehenden Streit um den "materiellen Gesetzesbegriff" wurde diese Ausgangslage verdunkelt: Der Preußische Budgetkonflikt war der Anlaß, innerhalb der Akte, die nur mit genereller Wirkung erlassen wurden, eine weitere Unterscheidung zu machen. Ausgeklammert wurden solche, die gar nicht die Sphäre der Gesellschaft betrafen, da sie nicht "die durch das gesellige Zusammenleben der Men-

des Monarachen beschränkt, der - den Gesetzen unterworfen - nicht im Einzelfall von einer gesetzlichen Regelung abweichen konnte (sogen. Vorrang des Gesetzes)[1].

In soziologischer Hinsicht setzt der abstrakt-generelle Rechtssatzbegriff ein bestimmtes Verhältnis zwischen Staat und Gesellschaft[2] voraus, wie es gerade in der Periode des Konstitutionalismus gegeben war: Der Staat und die Gesellschaft sind scharf voneinander getrennt. Der Staat greift nicht gezielt in den Wirtschaftsablauf, der zum Bereich der Gesellschaft gehört, ein. Er beschränkt sich darauf, die Verhältnisse der Bürger untereinander durch allgemeine Regeln zu ordnen, insbesondere ihren Besitzstand mit Mitteln der staatlichen Macht zu schützen.

Diese Entwicklung führte dazu, daß etwa Otto von Gierke behaupten konnte, der Natur des Rechts nach seien alle Rechtssätze notwendigerweise abstrakt[3].

Spätenstens seit Zitelmann[4] und Bergbohm[5] war dann klar, daß die Rechtsüberzeugung nur noch ein Faktor bei der Entstehung eines Gewohnheitsrechtssatzes sein konnte[6]: Drückt sich die Rechtsüberzeugung in einer gleichbleibenden Verhaltensweise in allen gleichgelagerten Fällen aus, so haben die Übenden selbst einen abstrakten Satz gebildet, den sie als Maxime für ihr Han-

---

schen gebotenen Schranken und natürlichen Handlungspflichten bestimmten" (so Laband Zitat aus Staatsrecht II S. 73) bzw. nicht "den Rechtszustand der Untertanen betrafen" (so Georg Meyer Zitat aus GrünhutsZ 8, 26) oder "nicht in Freiheit und Eigentum eingriffen" (Anschütz in Art. Gesetz WBStVwR S. 214). Solche Akte waren nicht "materielle Gesetze" und fielen damit nicht in die naturgegebene Zuständigkeit des Parlaments. Durch Spezialvorbehalt in den Verfassungen konnten sie Gegenstand der Kompetenz des Parlaments werden und nahmen dann als "formelle Gesetze" am Vorrang des Gesetzes teil (siehe zu diesem Komplex Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 112, 141 ff., 156).

1) Die "Eigentums- und Freiheitsformel" diente erst in einem späteren Stadium dazu, die Macht des Monarchen auch bei dem Erlaß von Einzelanordnungen, die die Freiheit oder das Eigentum der Bürger betrafen, zu beschränken. Vgl. Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 156 ff.

2) Forsthoff, Verwaltungsrecht S. 9; vgl. auch Jesch, Gesetz und Verwaltung S. 20, 91.

3) in Deutsches Privatrecht I § 16 S. 123; diese Ansicht teilt er mit vielen Staatsrechtslehrern: Otto Mayer, Verwaltungsrecht I S. 74 f.; Georg Meyer, GrünhutsZ 8, 15, Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägungen S. 155.

4) in AcP 66, 323 ff. (415). 5) in Jurisprudenz und Rechtsphilosophie S. 542.

6) Dernburg, Pandekten I § 23 S. 50.

deln nehmen [1].

Seitdem ist die Übung konstitutives Merkmal des Gewohnheitsrechts geblieben [2].

Für Zitelmann [3] und ihm folgend Georg Jellinek [4] ist sie sogar alleiniges Erfordernis: Das Gewohnheitsrecht beruhe allein auf der Faktizität, der "Macht der dauernden Tatsachen" [5]. Diese führten psychologisch dazu, daß ein bisher geübter Satz auch weiterhin befolgt wird [6]. Die Rechtsüberzeugung spiele dabei gar keine Rolle [7].

Zitelmann widerlegt sich jedoch selbst durch seine Aussage, daß für die weitere Übung die stärkste Motivationsquelle die Tatsache bilde, daß bisher schon in gleichen Fällen gleich gehandelt worden sei [8]. Das Gleichheitsprinzip als Motivationsquelle gehört sicher zu dem Fundus allgemein verbreiteter ethischer Wertungen und läßt dann im konkreten Fall die Rechtsüberzeugung entstehen, daß man sich so verhalten müsse, wie es bisher allgemein gehalten wurde.

Davon abgesehen, kann eine bloße Übung niemals zu einer Bindung des Richters führen [9]. Das zeigt sich besonders deutlich bei mißbräuchlichen Volksbräuchen [10], bei denen die Rechtsüberzeugung regelmäßig fehlt [11].

Die Auffassung Zitelmanns und Georg Jellineks hat sich deshalb auch zu Recht nicht durchgesetzt.

---

1) Am deutlichsten Regelsberger, Pandekten I § 17 S.83 u. § 19 S.93: "Die Anwendung eines Rechtsgedankens arbeitet an der Ausbildung des Inhalts mit." Aber auch Gierke, Deutsches Privatrecht I § 20 S.163 und S.165 (Zitat): "Die Gewohnheit muß sich als Übung eines Satzes, der hierbei als Rechtsnorm empfunden und vorgestellt wird, erweisen."

2) Teilweise mit abweichender Begründung: Vgl. etwa Windscheid, Pandekten I § 15 S.40 Anm.2 u. ihm folgend Enneccerus-Nipperdey § 39 II S.161; Dernburg, Pandekten I § 23 S.50.

3) in AcP 66,323 ff. 4) in Allgemeiner Staatslehre S.339.

5) Zitat aus Zitelmann AcP 66,464; vgl. auch Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.339.

6) Zitelmann AcP 66,456 f.; Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.339/340.

7) Zitelmann AcP 66,464. 8) AcP 66,459.

9) Dies ist, wie noch unten darzulegen sein wird, das Hauptproblem des Gewohnheitsrechts.

10) Dazu Scheyhing JZ 1959,239 ff.

11) Scheyhing JZ 1959,240.

4. Schwierigkeiten bei der Einordnung der Masse des "vorgefundenen" Gewohnheitsrechts (sog. Herkommen) unter den Gewohnheitsrechtsbegriff der herrschenden Lehre

Die durch die Pandektistik gebildete Rechtsquelle Gewohnheitsrecht mit ihrem Erfordernis eines abstrakten Satzes mit genereller Wirkung ist ein künstliches Produkt, unter das sich die Masse des im Volk vorhandenen Rechts nur schwer einordnen ließ:

Wie schon oben [1] ausgeführt, entsteht eine Rechtsüberzeugung am Einzelfall. Ist, wie auch die herrschende Lehre zugibt [2], die Rechtsüberzeugung das entscheidende Kriterium, so würde der Gedanke einer Gewohnheitsrechtsbildung, die sich im Einzelfall in einem konkreten Rechtssatz erschöpft, viel näher liegen [3]. Nur mit Hilfe der Übung kann die herrschende Lehre die notwendige Annäherung zwischen konkretem, natürlichem Rechtsdenken und dem rechtstechnischen Erfordernis der Abstraktheit vollziehen.

a) Das geht jedoch nur bei Rechtssätzen, die überhaupt "geübt" werden können, die also ihrem Inhalt nach eine Maxime, ein Gebot oder Verbot darstellen, sich so oder so zu verhalten. Bei den "gewährenden" Rechtssätzen, die eine Berechtigung, ein subjektives Recht verleihen, versagt das Hilfsmittel der Übung. Hier übt nur der Berechtigte - sein Recht aus -, nicht aber die Gemeinschaft. In dieser Zwangslage kam der herrschenden Lehre die Theorie Thons [4] zu Hilfe: Nach Thon besteht die Rechtsordnung nur aus befehlenden Rechtssätzen, aus Imperativen [5], die durch Ge- oder Verbote bald die "salus publica", bald die Güter von Privatpersonen schützen. Subjektives Recht ist lediglich die Macht oder besser, die Möglichkeit des Inhabers,gegen die Übertretung eines seinen Schutz bezweckenden Gebots selbst vorzugehen [6].

Durch diese "juristische Neutralisierung" des Inhalts des subjektiven Rechts [7] als

---

1) Siehe S. 114.
2) Vgl. statt aller Enneccerus-Nipperdey §§ 32 u. 39.
3) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 146 ff.; es muß freilich der weiteren Untersuchung überlassen bleiben, ob die Abstraktheit des Gewohnheitsrechtssatzes nicht eine rechtstheoretische Notwendigkeit ist.
4) in Rechtsnorm und subjektives Recht.
5) S. 2 ff., S. 69, S. 150 ff. 6) S. 151, 178, 216 ff., insbes. S. 217 f.
7) Ihr hat sich vor allem Windscheid, Pandekten I § 37 Anm. 3 angeschlossen. So auch heute noch Enneccerus-Nipperdey § 72, allerdings in der Form eines Kompromisses, der auch die Jhering'sche Formel aufnimmt; weitere Nachweise bei Raiser JZ 1961, 465.

einer Berechtigung ist auch hier eine Übung denkbar. Sie besteht dann in der Beachtung des Gebots, in bestimmte Sphären nicht einzugreifen.

b) Insbesondere in den engeren Gemeinschaften gab es jedoch Rechtsbildungen, die zweifellos von der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft getragen wurden, die aber nur einen bestimmten konkreten Einzelfall betrafen.

In der Regel handelte es sich um dingliche Nutzungsrechte wie Weidegerechtigkeiten, Überfahrts- und Trepprechte, aber auch Wasserrechte, wie etwa Mühlrechte, die seit "unvordenklicher Zeit" von den Inhabern eines bestimmten Hofes ausgeübt wurden.

Da diese Rechtsbildungen mangels Abstraktheit und genereller Geltung nicht in den Gewohnheitsrechtsbegriff eingeordnet werden konnten, schufen die Pandektenrechtslehrer aus römischen Quellen [1] den Begriff der "unvordenklichen Verjährung" [2]. Sie behaupteten [3], schon seit alters bestehe ein Gewohnheitsrechtssatz des Inhalts, daß bei einer über Menschengedenken hinaus ausgeübten Berechtigung unwiderleglich vermutet werde, daß sie früher einmal rechtsgeschäftlich wirksam erworben worden sei.

Daß es sich um eine Schöpfung [4] des Pandektenrechts handelte, beweist ein Blick auf das Deutsche Recht, das vor allem als Liegenschaftsrecht die Rezeption überdauert hatte: Hier mußte sich eine Gewohnheitsrechtsbildung - als Herkommen bezeichnet - nicht in einem abstrakt-generellen Satz manifestieren, sondern konnte auch individuell-konkret eine bestimmte Berechtigung einer bestimmten Person statuieren [5].

Damit brachte man jedoch das Gewohnheitsrecht in eine nach Stobbe [6], "ganz unpassende Verbindung mit der Verjährung und der Unvordenklichkeit".

---

1) Angaben bei Windscheid, Pandekten I § 113 Anm.2.
2) Windscheid, Pandekten I § 113; Regelsberger, Pandekten I § 22: Gierke, Deutsches Privatrecht I § 35; Stobbe, Deutsches Privatrecht I § 22.
3) Vgl. Windscheid, Pandekten I § 113.
4) Gierke, Deutsches Privatrecht I § 35 S.113 gibt dies offen zu. Im Deutschen Recht hätte sich zwar ein formell ausgebildeter Gewohnheitsrechtssatz dieses Inhalts nicht bilden können. Aber es sei der Stoff vorhanden gewesen, aus dem die Jurisprudenz ein selbständiges Rechtsinstitut hätte schaffen können.
5) Gierke, Genossenschaftsrecht II § 17 S.458, 462 u. Deutsches Privatrecht I § 15 S.112/113, § 16 S.123, § 20 S.172, § 35 S.313; Stobbe, Deutsches Privatrecht § 22 S.169 f.
6) Zitat aus Deutsches Privatrecht I § 22 S.170.

Den Nachweis, daß das ältere Deutsche Recht etwas "unpassend" verbunden hat, hat aber auch Stobbe nicht erbracht. Viel eher könnte man die Frage stellen, ob hier nicht der Konstruktion zuliebe Zusammengehörendes getrennt wurde. Dieser Eindruck verstärkt sich, wenn man das Unterscheidungskriterium zwischen Gewohnheitsrecht und unvordenklicher Verjährung: abstrakt-genereller Satz oder konkrete Einzelberechtigung[1] betrachtet:

Wenn in einem aus fünf Höfen bestehenden Dorf seit alters allgemein ein Trepprecht geübt wird, so handelt es sich um Gewohnheitsrecht, da hier ein abstrakter Rechtssatz mit genereller Wirkung für die Ortschaft formulierbar ist. Haben dagegen die Eigentümer e i n e s Hofs seit unvordenklicher Zeit ein Überfahrtsrecht, so kommt unvordenkliche Verjährung mit ganz anderen Voraussetzungen zur Anwendung.

Gibt man, wie etwa Regelsberger[2] zu, daß es auch I n d i v i d u a l r e c h t s s ä t z e geben könne, so kann zwischen Gewohnheitsrecht und unvordenklicher Verjährung überhaupt nicht mehr unterschieden werden. Man ist dann gezwungen, zu Behauptungen Zuflucht zu nehmen, wie etwa, im Einzelfall käme eine Gewohnheitsrechtsbildung selten[3] (!) vor und man könne deshalb im Zweifelsfall unvordenkliche Verjährung annehmen[4].

IV. Rechtstheoretische Untersuchung über die Existenz und Erscheinungsform des Gewohnheitsrechts

Die vorausgehenden Untersuchungen haben ergeben, daß der von der Pandektenrechtslehre ausgebildete, noch heute herrschende Gewohnheitsrechtsbegriff historisch und weltanschaulich bedingt ist. Das führte dazu, daß dieser Gewohnheitsrechtsbegriff nicht alle gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildungen - hier grob gekennzeichnet als alles nicht durch staatliche Organe erzeugtes Recht - erfassen konnte. Der Vorwurf Zitelmanns[5], man habe die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts meist so aufgezählt, als seien sie vom Himmel gefallen, erwies sich in diesem Zusammenhang als nicht unberechtigt.

Die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts können sich n u r aus allgemei-

---

1) So Regelsberger, Pandekten I § 22 S.99.
2) Pandekten I § 30 S.121.
3) Regelsberger, Pandekten I § 30 S.123; so auch heute noch Enneccerus-Nipperdey § 47 II 2.
4) Regelsberger, Pandekten I § 22 S.99.
5) in AcP 66,356.

nen rechtstheoretischen Gesichtspunkten ergeben[1], da die Gewohnheitsrechtssätze Recht sein müssen, das Gewohnheitsrecht also Rechtsquelle sein muß. Damit muß auch der Gewohnheitsrechtsbegriff die Elemente des Rechts enthalten und umgekehrt: nur vom Rechtsbegriff und seinen Bestandteilen kann die Frage nach der Existenz und Verbindlichkeit der Gewohnheitsrechtssätze, ihrer Rechtsgeltung, beantwortet werden.

Deshalb muß im folgenden kurz zum Rechtsbegriff und seinen Elementen Stellung genommen werden.

Dabei können wir auf die Erörterung philosophischer Grundfragen, insbesondere des Verhältnisses Recht und Gerechtigkeit, verzichten und uns auf ein Element des Rechts, den Zwang, die Garantie, die Durchsetzbarkeit[2] beschränken. Gerade dieses Element scheint bei den gewohnheitsrechtlichen Rechtsbildungen wenig gesichert und läßt ihre Rechtsgeltung als fragwürdig erscheinen.

A. Allgemeine rechtstheoretische Grundlegung

1. Der Rechtszwang

Das Recht ist nicht nur eine gelebte Ordnung, ein materielles oder auch ein ideelles Sein, sondern es will auch eine solche Ordnung verwirklichen, es enthält einen "Geltungsanspruch" (Raiser[3]). Es ist ein "Sein, das die Bedeutung eines Gesollten hat" (Larenz[4]).

Eine verbreitete Meinung ist nun der Ansicht, diese Rechtsgeltung sei rein ideell strukturiert. Das Recht wirke schon durch die "Wucht seines Gebots" (Thon[5]), durch die Autorität des Rechtsschöpfers (Larenz[6]). Als Beleg dafür

---

1) Zitelmann AcP 66,357 ff.; so auch das methodische Vorgehen Rümelins in seiner Untersuchung über das Gewohnheitsrecht in "Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts" S.7 f.

2) Zwang ist ein soziologischer Begriff, Durchsetzbarkeit oder Garantie sind juristische Synonyma.

3) Dieser Ausdruck stammt von Raiser, AGB S.66; durch ihn werden Mißverständnisse, die durch den Geltungsbegriff hervorgerufen werden können, vermieden. Darüber etwa Rümelin, Gewohnheitsrecht S.22 f. u. Liver, Festgabe S.10.

4) Zitat aus Methodenlehre S.144.

5) Zitat aus Rechtsnorm und subjektives Recht S.7. 6) Methodenlehre S.148.

dienen traditionell "rechtszwangslose" Gebiete wie das Kirchenrecht oder das Völkerrecht [1].

Dabei ist sicher soviel richtig, daß die am schroffsten von Feuerbach [2] vertretene These, das Recht gelte allein durch die motivierende Kraft der Zwangsandrohung [3], zu einseitig ist.

Die Rechtsordnung kann ihre Aufgabe, das Dasein zu gestalten, nur erfüllen, wenn die große Mehrzahl der Rechtsunterworfenen ihre Gebote einfach deshalb befolgt, weil sie Recht sind [4]. Die Effektivität dieser Rechtsordnung hängt aber dabei letztlich von dem Vertrauen an ihre Geltung gegenüber jedermann ab, d.h. von ihrer Fähigkeit, ihre Gebote auch gegenüber Widerstrebenden durchzusetzen. Ist diese Durchsetzbarkeit jedoch nicht gegenüber jedermann, ohne Ansehen der Person, garantiert, so ist die Rechtsgeltung aufs stärkste gefährdet. Gerade das Völkerrecht bietet dafür häufig genug instruktive Beispiele.

Zu eng ist es freilich, wenn man eine ausreichende Garantie allein im organisierten und kompulsiven Zwang sieht [5]. Welche Garantie ausreichend, aber auch erforderlich ist, lehrt uns die Rechtssoziologie (Raiser [6]).

Nach alledem kann man wohl davon ausgehen, daß die Durchsetzbarkeit, der Zwang, die Macht ein wesentliches Element des Rechts ist [7].

2. Recht und Gerichte

a) In den höher entwickelten Gemeinwesen hat der Staat diese Rechtsgarantie institutionalisiert und sie besonderen "Rechtsschutzbehörden" übertra-

---

1) Enneccerus-Nipperdey § 31 II.
2) Allerdings nur für das Strafrecht! Vgl. die Angaben bei Erik Wolf, Rechtsdenker S.549.
3) Sie vertrat schon Thomasius, Fundamenta juris naturae et gentium, zit. nach Welzel, Naturrecht S.162 f. Unrichtig ist jedoch die h.M. (etwa Enneccerus-Nipperdey § 31 II Anm.7), die in Kant den Urheber dieser sog. "Zwangspflicht" sieht. Vgl. Welzel, Naturrecht S.163 f.
4) Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.334.
5) Raiser, AGB S.67; Rümelin, Gewohnheitsrecht S.8. Aus diesem Grunde will Jellinek (Allgemeine Staatslehre S.335 ff.) den Begriff des Zwangs, den er zu einseitig als kompulsiven Zwang bezeichnet, durch den Begriff der Garantie ersetzen. A.A. Jhering, Der Zweck im Recht S.242 ff. u.249 ff.; Nawiasky, Rechtslehre S.9.
6) in AGB S.67.
7) So auch Raiser AGB S.67; Esser, Einführung S.9; Welzel, Naturrecht S.163; Rümelin, Gewohnheitsrecht S.8; Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.337; wohl auch Marcic, Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat S.160 ff.

gen [1].

Damit ist freilich, wie Raiser [2] nachgewiesen hat, eine außerstaatliche Rechtssetzung durch Gruppen oder Gemeinschaften nicht ausgeschlossen. Wohl aber bestimmt der Staat Inhalt und Umfang solcher Gruppenrechtsbildungen, indem er ihnen die Rechtsgarantie erteilt oder verweigert.

b) In unserem Staatswesen ist diese Garantie institutionell unabhängigen Behörden, den Gerichten, übertragen [3] (Art. 92 GG).

Dem Modellbild nach [4] haben sie eine ihnen vorgegebene Rechtsordnung auf den zu entscheidenden Fall anzuwenden und so diese Rechtsordnung zu garantieren. In Wirklichkeit sind jedoch die Gerichte selbst an der Rechtsbildung beteiligt [5]:

Eine Rechtsordnung kann ihre Aufgabe zur umfassenden Sozialgestaltung nur erfüllen, wenn sie zum größten Teil in abstrakt-generellen Sätzen ausgedrückt ist. Die Anwendung dieser Rechtssätze durch den Richter ist kein bloßer logischer Denkakt, sondern die dazu notwendige Auslegung bringt in die Subsumtion volitive Elemente [6].

Die Vielgestaltigkeit des Lebens entzieht sich jeder "Verplanung" durch den Gesetzgeber. In den dadurch entstandenen "Lücken" ist die Tätigkeit der Gerichte notwendigerweise rechtsschöpferisch.

Daraus darf man jedoch nicht folgern, daß damit de facto der Richter a l l e i n i g e r Rechtsschöpfer sei, da er - keinerlei Weisungen unterworfen - es allein in der Hand habe, ob und wie er einen ihm vorgegebenen Rechtssatz im Konfliktsfall anwende.

Dabei würde verkannt, daß der Zwang nur ein, aber nicht das einzige Element des Rechts darstellt, wie etwa Jhering [7] meinte. Der Richter ist nur re-

---

1) Raiser, AGB S. 72 f.; Rümelin, Gewohnheitsrecht S. 9.
2) in AGB S. 72 f.
3) Die Garantie durch außerstaatliche Schiedsgerichte kann im Rahmen dieser Abhandlung unberücksichtigt bleiben.
4) Daß es sich dabei um ein bloßes Modellbild handelte, verkannte der Positivis mus. Vgl. dazu etwa Wieacker, Privatrechtsgeschichte S. 253 ff., insbes. S. 225
5) Das ist heute h.M. Vgl. Larenz, Methodenlehre, insbes. S. 144.
6) Dies erkannt zu haben, ist ein Verdienst der Freirechtsschule. Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S. 59 ff.
7) Der Zweck im Recht S. 249 ff.

pressiv tätig, da er in erster Linie Zwangsorgan ist. Eine Rechtsordnung bewährt sich dagegen in der freiwilligen Befolgung, die ein Ergebnis des "consensus omnium", der Volksüberzeugung, ist[1]. Dadurch wird der eigenen (freien) Rechtsbildung des Richters eine Schranke gesetzt[2].

Die weitgehende Anerkennung des Richterrechts beruht, wie Bachof[3] zutreffend beschrieben hat, auf dem Mißtrauen gegenüber dem Gesetzgeber und der Tatsache, daß in dem Richter ein Bewahrer oberster Ordnungswerte der Gemeinschaft gesehen wird. Diese Autorität würde der Richter verlieren, würde er keine seiner Entscheidung vorgegebene Rechtsordnung anerkennen, sondern nur nach eigenem Rechtsgefühl urteilen. "Eine Fallgerechtigkeit ohne Normgerechtigkeit gefährdete den Bestand der Rechtsordnung", da sie oberste Grundsätze jeder Gerechtigkeit, die Rechtssicherheit im Sinne der Vorherbestimmbarkeit der Entscheidung und die Gleichheit im Sinne von Gleichbehandlung außer acht ließe[4].

Aus all dem folgt, daß es eine dem Richter vorgegebene, freilich nicht lükkenlose und auch nicht notwendig in Gesetzesform geschriebene Rechtsordnung geben muß, an die er gebunden ist.

Erinnern wir uns, daß die Garantie ein wesentliches Merkmal des Rechts ist und daß der Richter das garantierende Organ ist. Dann ist der Schluß zulässig: Recht ist nur das, was für den Richter eine verbindliche Weisung darstellt[5].

---

1) Larenz, Methodenlehre, S.144, 148.

2) Germann, Präjudizien als Rechtsquelle S.32.

3) in Grundgesetz und Richtermacht S.26, 32, 40; aber auch Fritz Baur, BWNotZ 1960, 326 ff.; Wieacker JZ 1961,345.

4) Zitat aus Fritz Baur BWNotZ 1960,329, der den Richter davor warnt, diese Autorität durch allzu starke Beteiligung an der Rechtsbildung und Mißachtung gesetzlicher Bindungen und Wertungen zu mißbrauchen. Ähnliche Mahnungen äußert Forsthoff DÖV 1959,41 ff., der auf die Notwendigkeit der Vorausbestimmbarkeit richterlicher Entscheidungen hinweist.

5) Danach nimmt auch Esser in Grundsatz und Norm die Unterscheidung zwischen Rechtsprinzipien und starting-points vor (S.51 ff., S.69, 132, 268 f., 275). Siehe dazu die Ausführungen unten auf S.134 ff. Ebenso der Ausgangspunkt von Rümelin, Gewohnheitsrecht S.7.

B Die Bindung des Richters an das sog. Gewohnheitsrecht. Ist Gewohnheitsrecht also Recht?

1. Die Bezeichnung des Gewohnheitsrechts als "Recht" läßt keine Schlüsse zu. Ob das Gewohnheitsrecht den Richter bindet und damit Recht ist, soll ja gerade untersucht werden.

2. Eine Bindung könnte sich aus einer gesetzlichen Weisung an den Richter ergeben, gewohnheitsrechtliche Rechtsbildungen anzuerkennen (vgl. etwa Art.1 II Schweiz.ZGB).

Diesem Hinweis der sog. Gestattungstheorie[1] entgegnet man meist, damit erreiche man lediglich eine Verschiebung des Problems[2]. Man müsse jetzt fragen, ob und warum der Richter an das Gesetz gebunden sei.

Letzteres wird in der Regel[3] mit der übereinstimmenden Wertung des Volkes begründet, die dahingehe, daß das Gesetz zur Regelung und Aufrechterhaltung der sozialen Ordnung unerläßlich sei.

Dabei wird jedoch verkannt, daß sich mit diesen ethischen Wertungen wohl die Notwendigkeit einer der einzelnen richterlichen Entscheidung vorgegebenen, den Richter bindenden Rechtsordnung erklären läßt, die die richterliche Tätigkeit berechenbar erscheinen läßt. Ob die Rechtsordnung aber au Gesetzen besteht, ist eine Frage der Staatsorganisation. Diese wird durch die Verfassung bestimmt. Daß in unserem Staat das Gesetz ein Teil der Rechtsordnung ist und daß der Richter daran gebunden ist, ergibt sich eindeutig aus Art. 97 I u. 20 III GG.

a) Über die Stellung des Richters zum Gewohnheitsrecht lassen sich aus der Verfassung selbst keine eindeutigen Hinweise entnehmen.

aa) Zwar ist der Richter nach Art.20 III GG an "Gesetz und Recht" gebunden. Da die Entstehungsgeschichte der Vorschrift in ein mystisches Dunkel[4] getaucht ist und andere Auslegungshilfen weitgehend versagen, sind die Meinungen über ihre Bedeutung entsprechend kontrovers. Einige verstehen zwar unter "Recht" das Gewohnheitsrecht[5], andere fassen die Vorschrift als Hinweis

---

1) Vgl. Nawiasky, Rechtslehre S.61. 2) Ross S.431.
3) Rümelin, Gewohnheitsrecht S.25 ff.; ähnlich Gustav Rümelin JherJb.27, 153 ff. (186).
4) Vgl. JÖR n.F.1, 199.
5) Maunz, Deutsches Staatsrecht § 10 3d S.58; Bettermann in Grundrechte III/2 S.531 f.

auf ein vorpositives Recht, ein Naturrecht [1] auf, während wieder andere [2] in ihr eine ganz klare Ermächtigung zur Richterrechtsbildung sehen.

Eine eindeutige Weisung an den Richter läßt sich angesichts dieser Kontroversen aus Art.20 III GG nicht entnehmen.

bb) Nach Art.97 I GG sind die Richter dem Gesetz unterworfen. Dabei stand ersichtlich § 1 GVG Pate, der deshalb auch zur Auslegung des Art. 97 I GG herangezogen werden kann.

Unter "Gesetz" im Sinne von § 1 GVG und Art.97 I GG versteht man in entsprechender Anwendung von Artt.7 EGStPO u. 12 EGZPO "jede Rechtsnorm", also auch (!) das Gewohnheitsrecht [3]. Dabei nähert man sich bedenklich dem Zirkelschluß: Gewohnheitsrecht ist Recht und bindet deshalb den Richter.

Dem entgeht man nur, wenn man argumentiert, der Gesetzgeber habe damit auch das, was damals allgemein als Gewohnheitsrecht bezeichnet wurde, erfassen wollen.

Weder damals noch heute ist man sich jedoch allgemein über den Begriff des Gewohnheitsrechts und seine Voraussetzungen einig [4]. Ergo würde letztlich der Richter bestimmen, was e r unter Gewohnheitsrecht versteht. Von einer B i n d u n g kann dann aber keine Rede mehr sein.

Weiter läßt sich aus Art.97 I GG und § 1 GVG kein Hinweis über das Verhältnis des Gewohnheitsrechts zum Gesetz entnehmen. Darf oder richtiger m u ß der Richter vom Gesetz abweichen, wenn sich einer gesetzlichen Regelung entgegenstehendes Gewohnheitsrecht gebildet hat? Hat das Gewohnheitsrecht also derogatorische Wirkung oder gilt es nur praeter legem?

b) Darüber gibt auch der häufig zitierte Art.2 EGBGB keine Auskunft. Er stellt, wie sich aus der Entstehungsgeschichte [5] entnehmen läßt, eindeutig

---

1) Mit erheblichen Abweichungen im einzelnen. Vgl. etwa Mangoldt-Klein, GG Art.20 Anm.IV 4 f.; Wernicke in BK GG Art.20 Anm.3e; Maunz-Dürig, GG Art.20 Anm.72; Kern, Gerichtsverfassungsrecht § 10B u.D; Darmstädter NJW 1957,769; wohl auch Enneccerus-Nipperdey § 51 4 b.

2) Insbesondere BGHZ 3,315; BGHZ 17,276; wohl auch Wieacker, Gesetz und Richterkunst S.7.

3) Kern, Gerichtsverfassungsrecht § 10B; Baumbach-Lauterbach ZPO § 1 GVG Anm.2A; Bettermann in Grundrechte III/2 S.532; Holtkotten in BK Art.97 Anm.II 2a; von Mangoldt GG Art.9z Anm.3.

4) Vgl. oben S.110 ff.

5) Darüber berichten Planck-Knocke BGB Einl.III 2 vor § 1 u. Staudinger-Kuhlenbeck EGBGB Art.2 F.

eine Verlegenheitslösung dar:

§ 2 des 1. Entwurfs eines bürgerlichen Gesetzbuchs wollte das Gewohnheitsrecht nur so weit zulassen, als das Gesetz auf Gewohnheitsrecht verweist [1]. Unter dem negativen Echo der Öffentlichkeit wurde § 2 von der 2. Kommission gestrichen. Man konnte sich jedoch über die Frage: Gewohnheitsrecht nur praeter oder auch contra legem nicht einigen und beschloß, die Diskussion bis zur Beratung des Einführungsgesetzes zu vertragen [2]. Aber auch dann konnten sich die Kommissionsmitglieder nicht zu einer positiven Formulierung durchringen. Man beschloß schließlich, nach Ablehnung von 5 (!) Anträgen die Frage mit Stillschweigen zu übergehen [3]. Dabei ging man davon aus, daß es ohnehin h.M. sei, daß das Gewohnheitsrecht eine dem Gesetz gleichwertige originäre Rechtsquelle sei. Daß das BGB nur durch Reichsgewohnheitsrecht, nicht dagegen durch partielles Gewohnheitsrecht abgeändert werden könne, ergebe sich aus Art.2 der Reichsverfassung und Art.55 EGBGB in Verbindung mit Art.2 EGBGB [4].

Aus alledem läßt sich deshalb nur entnehmen, daß der Gesetzgeber für den Bereich des bürgerlichen Rechts k e i n e , das Gewohnheitsrecht einschränkenden Vorschriften erlassen hat. Eine B i n d u n g des Richters an das Gewohnheitsrecht war damit sicher nicht beabsichtigt. Deshalb muß auch die Gestattungstheorie [5] versagen, die dem Art.2 EGBGB eine stillschweigende Anerkennung des Gewohnheitsrechts durch den Gesetzgeber entnimmt.

3. Die Verbindlichkeit des Gewohnheitsrechts kann also nicht auf (gesetztes) Recht gestützt werden. Damit konnte es für eine positivistische Betrachtungsweise, die alle metajuristische Maßstäbe wie außerjuristische Wertungen oder soziologische Gegebenheiten als Mittel der Erkenntnis von der juristischen Erörterung ausschloß [6], konsequenterweise nur einen Weg geben, nämlich die V e r b i n d l i c h k e i t und damit die Existenz des Gewohnheitsrechts als Rechtsquelle zu leugnen. Soweit ersichtlich, ist lediglich Alf Roß diesen Weg [7] ge-

---

1) Motive I, 3 ff.
2) P I, 3 ff.; vgl. auch Planck-Knocke BGB Einl. III 2 vor § 1.
3) P VI, 359 f. 4) Planck-Knocke BGB Einl. III 2 vor § 1.
5) Nawiasky, Rechtslehre S.62. Weitere Vertreter der Gestattungstheorie etwa Laband, Staatsrecht § 57 III und Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre S.100 f.
6) Typisch etwa Gierke, Deutsches Privatrecht I S. 161; siehe dazu Wieacker, Privatrechtsgeschichte I S.253.
7) S.291-295, 425 f.

gangen.

Die übrigen Vertreter des Positivismus bejahten durchweg die Existenz des Gewohnheitsrechts, indem sie seine Geltung teilweise auf eine stillschweigende Anerkennung durch den Gesetzgeber zurückführten [1], die die Bedeutung einer Delegation habe, teils als eine gegebene, nicht weiter erklärbare oder erklärungsbedürftige historisch erwiesene Tatsache ansahen [2].

Damit trugen sie der unbestreibaren Tatsache Rechnung, daß auch die unorganisierte Gemeinschaft Recht schaffen kann und daß sie dieses Recht mit Erfolg gegenüber dem staatlichen Rechtssetzungsmonopol durchzusetzen vermag. Die daran anknüpfenden soziologischen [3] und psychologischen [4] Rechtstheorien glaubten, daß sie mit der Untersuchung der äußeren (Soziologie) oder der inneren (Psychologie) Kausalfaktoren dieses Entstehungsprozesses das Wesen des Gewohnheitsrechts ermittelt hätten [5].

Sie verkannten dabei, daß sie damit nichts anderes bewiesen haben, als daß ein Satz, eine Regel tatsächlich befolgt wird. Ob er darüber hinaus einen Geltungsanspruch enthält, der Richter ihn als Rechtssatz im Konfliktsfall anzuwenden hat, vermögen sie nicht zu erklären [6]. Auch eine Abgrenzung zwischen bloßem Brauchtum und Recht können sie nicht vornehmen [7].

4. Versuch einer eigenen Lösung

a) Ausgangspunkt einer Untersuchung muß vielmehr die Feststellung sein, daß eine Rechtsordnung ihre Aufgabe, das Sozialleben der Gemeinschaft zu gestalten, nur erfüllen kann, wenn ihre Gebote von der überwiegenden Mehrzahl der Rechtsunterworfenen freiwillig befolgt werden.

Diese Anerkennung kann nur auf einer positiven Bewertung ihrer Gebote durch den einzelnen Rechtsgenossen beruhen [8]. Leugnet man, wie noch der Radbruch'sche Relativismus [9], daß es gewisse materialethische Grundvorstellun-

---

1) Gustav Rümelin Jher.Jb.27,153 ff., 200; Laband, Staatsrecht § 57 III.
2) Gierke, Deutsches Privatrecht I § 20 S.161; Dernburg, Pandekten I § 26 S.57.
3) Als Hauptvertreter sei Ehrlich, Tatsachen des Gewohnheitsrechts, genannt.
4) Etwa Zitelmann AcP 66,456 ff.
5) Vgl. dazu Raiser AGB S.66; Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.335,337; Boehmer, Grundlagen S.164.
6) Hier liegt eine Verwechslung zwischen Befolgung und Geltung vor; vgl. Raiser AGB S.66 u. Boehmer, Grundlagen S.164.
7) Ross, S.429.
8) Rümelin, Gewohnheitsrecht S.23.
9) Radbruch, Rechtsphilosophie §§ 7, 8, 9, insbes. § 10 S.179, Vorschule §§ 7, 8, 9, 10, insbes. § 12 S.36 und Der Relativismus in der Rechtsphilosophie

gen gibt, die von den Menschen einer bestimmten Zeit und Kulturstufe gemeinsam als für sie gültige Werte empfunden werden, so liegt die positive Bewertung des vom Staat gesetzten Rechts schon in der Entscheidung des Staates für eine bestimmte Wertordnung und in der dadurch verbürgten Rechtssicherheit [1].

Mit diesem durch Sokrates berühmt gewordenen Gesetzesgehorsam ließe sich die geschichtliche Tatsache nicht erklären, daß das staatliche Recht immer wieder durch die unorganisierte Gemeinschaft derogiert, d.h. außer Kraft gesetzt wurde [2] [3].

Es muß vielmehr einen Fundus an gemeinsamen ethischen Wertvorstellungen, eine praktische Moral im Sinne Wieackers [4] geben, die der Einzelne als Kind seiner Zeit und Kultur mit anderen teilt und die in dem sog. "allgemeinen Rechtsbewußtsein" Ausdruck finden [5]. Die Anerkennung und freiwillige Befol-

---

in "Mensch und Recht" S.81.

1) Radbruch, Rechtsphilosophie § 10 S.179; Vorschule § 12 S.36. Unter dem Eindruck der Erlebnisse des Unrechtsregimes Hitlers begrenzte Radbruch diese positive Bewertung durch die berühmte Gerechtigkeitsformel (vgl. etwa Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht in "Mensch im Recht" S.119; Vorschule § 10 S.33). Daß diese Formel vom Standpunkt des Relativismus aus, an dem Radbruch stets festgehalten hat, zu keinen brauchbaren Ergebnissen führt, zeigt Evers JZ 1961,247 und auch Eberhard Schmidt, Gesetz und Richter S.14. Vgl. auch Esser, Einführung S.13/14: Was gerecht ist, ergibt sich nur durch den Bezug auf eine festliegende Wertordnung.

2) Ähnlich Rümelin, Gewohnheitsrecht S.27.

3) Radbruch rechtfertigt die Gültigkeit des Gewohnheitsrechts mit dem Hinweis, daß gerade die Rechtssicherheit gebiete, das neue "Recht" anzuerkennen (Vorschule § 12 S.36)! Weshalb es aber zu dieser Rechtsbildung kommt, vermag er nicht zu erklären.

4) JZ 1961,340.

5) Das ist heute wohl h.M.: Rümelin, Gewohnheitsrecht S.39 ff.; auch schon Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.350 ff.; Larenz, Methodenlehre S.67, 127, 148, 192 f.; Wieacker JZ 1961,337 ff., insbes. S.339 Anm.19, 340,343; Boehmer, Grundlagen S.150; Esser, Einführung S.33; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S.40; Engisch, Einführung S.125; Maunz-Dürig GG Art.20 Anm.73.
Die philosophische Frage, ob diesem Wertbewußtsein eine "an sich seiende" absolute vorgegebene Ordnung entspricht, die durch die menschliche Vernunft nach Inhalt, Umfang, Herkunft und Rangordnung erkannt werden kann, soll hier nicht erörtert werden. Es wird insbesondere auf folgende Schriften verwiesen: Welzel, Naturrecht und materiale Gerechtigkeit, durchgehend;

gung (Geltung) der staatlichen Rechtsordnung beruht auf ihrer Übereinstimmung mit diesen "empfundenen" Werten [1].

b) Das Wesen und die Wirkung des allgemeinen Rechtsbewußtseins.

Vorweg sei klargestellt, daß es sich hier nicht um das Rechtsbewußtsein eines Subjekts "Volk" oder des Einzelnen als Glied der Masse [2] handeln kann [3].

Das Rechtsbewußtsein ist vielmehr ein psychologischer Befund der freien, verantwortlichen Einzelperson [4]. Über das Medium des Gewissens gibt es dem Einzelnen Einsicht in gewisse, dem Bereich der Rechtsidee angehörende Werte: es sagt ihm, ob sein Handeln Recht oder Unrecht ist [5]. Daneben [6] nimmt es mit Hilfe des Rechtsgefühls Anteil an dem Handeln anderer. Richtschnur sind auch hier die von dem Einzelnen empfundenen Werte.

Dieses Rechtsbewußtsein der Einzelperson wird dadurch zu einem "allgemeinen", daß gewisse Werte von den Menschen einer bestimmten Zeit gemeinsam empfunden werden. Dieses gemeinsame Wertempfinden ist freilich infolge der komplizierten Sozialstrukturen und der nur losen Verbindung der heutigen Menschen untereinander auf wenige Fundamentalwerte, auf die "elementaren Fragen sozialer Ethik und Sauberkeit" (Esser [7]) beschränkt.

Aus Anlaß eines oder mehrerer konkreter Fälle bildet sich oft mit Hilfe des Rechtsgefühls eine diesen Werten entsprechende aktuelle Rechtsüberzeugung aus: die Gemeinschaft fordert vom Staat - dem Gesetzgeber oder den

---

Weischedel, Recht und Ethik, insbes. S.19 ff.; Wieacker JZ 1961,337 ff.; Fechner, Rechtsphilosophie, insbes. S.154.

1) Rümelin, Gewohnheitsrecht S.24,40; vgl. auch Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre S.352 ff. Das bedeutet freilich nicht, daß die ganze Rechtsordnung auf ein System materialethischer Werte, ein allgemeines Sittengesetz zurückgeführt werden kann, daß also jedem rechtlichen Gebot ein sittliches Gebot entsprechen müßte. Eine solche Auffassung würde verkennen, daß auch der Gehorsam gegenüber dem staatlichen Gebot zu den gemeinsamen Werten gehört. Vgl. Wieacker JZ 1961,340.
2) "In der Masse untergetaucht, fühlt sich jeder leicht seiner Verantwortlichkeit ledig." Zitat aus Esser, Einführung S.35.
3) Ebenso Larenz, Methodenlehre S.192.
4) Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.355; Esser, Einführung S.31 f.
5) Wieacker, Privatrechtsgeschichte S.355; ders., Gesetz und Richterkunst S.10 f.
6) Esser, Einführung S.31,32 ff.
7) Zitat aus Einführung S.38; vgl. aber auch Rümelin, Gewohnheitsrecht S.40; Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S.40.

Gerichten -, daß die für schutzwürdig befundene Position respektiert wird, in der Regel[1] also, daß ihr rechtlicher Schutz gewährt wird.

Damit haben wir auch den Standort und das Verhältnis zwischen Rechtsbewußtsein und Rechtsüberzeugung festgelegt; das Rechtsbewußtsein ist die latent vorhandene Werteinsicht auf dem Gebiet der Rechtsidee; die Rechtsüberzeugung ist die Aktualisierung und Aktivierung dieser Werte aus Anlaß konkreter Fälle. -

c) In der Regel kommt der Gesetzgeber dieser "Aufforderung" der Gemeinschaft nach, da auch er an dem allgemeinen Rechtsbewußtsein der Zeit teilhat[2]; eine Orientierung des gesetzten Rechts an den "Zeitnotwendigkeiten" ist gerade in einer Demokratie selbstverständlich[3] [4].

Ein Auseinanderklaffen von Gesetz und allgemeinem Rechtsbewußtsein läßt sich jedoch nie ganz vermeiden, daß jenes - wenigstens der Idee nach - als eine "zeitentrückte", auf Dauer angelegte starre Ordnung dem oft sich ändernden Rechtsbewußtsein der Zeit nicht immer entsprechen kann[5].

Dann besteht die Gefahr, daß die unorganisierte Gemeinschaft ihre Wertvorstellungen gegenüber dem Staat durchzusetzen versucht. Dies geschieht durch Selbstschutz, offenen Ungehorsam oder künstliches Umgehen des von den allgemeinen Wertungen nicht getragenen staatlichen Gebots.

Es handelt sich also um einen Machtkampf zwischen Staat und Gemeinschaft, der nicht nur die auf freiwilliger Anerkennung beruhende Geltung der gesamten staatlichen Rechtsordnung, sondern auch die Autorität der Staatsorgane und damit den Bestand des Staates gefährden kann.

---

1) Es kann aber auch bedeuten, einen dieser Rechtsüberzeugung widersprechenden staatlichen Eingriff zu unterlassen.

2) Larenz, Methodenlehre S.193.

3) So ist die Bundesrepublik Deutschland in der Kriegsfolgengesetzgebung ohne weiteres dem geänderten Rechtsbewußtsein des heutigen Menschen nachgekommen, das Unglücksfälle wie Kriege und andere Katastrophen nicht mehr - wie früher - als von Gott gesandte Schicksalsschläge empfindet, die man als Prüfung hinnehmen muß, sondern das "Ausgleich", "Ersatz" für Schicksalsfälle begehrt. Dieser Wandel ist wohl soziologisch bedingt durch die geringe Autarkie des modernen Menschen.

4) Die heute weit verbreitete "Abwertung" des Gesetzes (vgl. etwa Esser, Grundsatz S.300 ff.) wird den Leistungen des Gesetzgebers in der Nachkriegszeit nicht gerecht. Vgl. F.Baur BWNotZ 1960,330.

5) Vgl. Larenz, Methodenlehre S.193; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S.4 f.

Aus diesem Grunde respektiert der Staat in der Regel die Volksmeinung. In demokratischen Staaten wie der Bundesrepublik Deutschland ist ihm ein solches Verhalten von Verfassungs wegen geradezu zur Pflicht gemacht, da die Souveränität des Volkes keine staatsrechtliche Fiktion, sondern in Gestalt der öffentlichen Meinung ein von den Staatsorganen zu beachtender Faktor ist[1].

Der Staat wird bzw. muß deshalb entweder durch gesetzgeberischen Eingriff oder auf andere Weise dafür sorgen, daß die Kluft zwischen staatlicher Rechtsordnung und Rechtsbewußtsein des Volkes geschlossen wird.

d) Diese Aufgabe der "Versöhnung" des Gesetzes mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein ist heute in großem Umfang den Gerichten zugefallen.

Auf die soziologisch bedingten Ursachen dieser "Verschiebung" von Kompetenzen des Gesetzgebers auf den Richter soll hier nicht eingegangen werden[2].

Ausschlaggebend wird aber wohl letztlich die nicht zeitbedingte[3] Tatsache sein, daß die Gerichte diejenigen Staatsorgane sind, die nach Stellung und Funktion am nächsten "dran" sind: ihre Aufgabe ist es, in einem konkreten Fall zu entscheiden, was rechtens ist. Von ihnen, den unmittelbaren "Trägern" der Rechtsverwirklichung, verlangt die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft Schutz, Rechtsschutz für die in konkreto für schutzwürdig befundene Position. Sie sind deshalb, was heute nicht mehr bestritten wird, befugt, ja verpflichtet, die Gesetzesordnung mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein zu integrieren und die Zeitentrücktheit des Gesetzes "aufzuheben"[4].

Diese weitgehende Gestaltungsmacht des Richters brächte freilich für die Rechtssicherheit im Sinne der Vorausbestimmbarkeit der richterlichen Entscheidung Gefahren mit sich, würde sie allein dem Rechtsgefühl des Richters, dem sogenannten Judiz, überlassen. Das individuelle Rechtsbewußtsein des einzelnen Richters ist nämlich keineswegs in allen Punkten identisch mit dem Rechtsbewußtsein der Allgemeinheit, ja oft sind selbst die Fachgenossen sich nicht darüber einig, ob es notwendig ist, einen Rechtssatz des Gesetzes dem allgemeinen

---

1) Vgl. dazu die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts in BVerfGE 8, 104 ff. (114/115) betr. die Volksbefragungsgesetze.
2) Vgl. dazu Bachof, Grundgesetz und Richtermacht S. 22 ff.; F. Baur JZ 1957, 193 ff.; Eberhard Schmidt, Gesetz und Richter S. 8 f.; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 4 f.; Esser, Grundsatz und Norm S. 301.
3) F. Baur JZ 1957, 194 Anm. 10.
4) Dazu vor allem Larenz, Methodenlehre S. 147 f., 193 f., 320; Esser, Grundsatz bes. S. 263.

Rechtsbewußtsein anzupassen. Eine derartige Ermächtigung hätte deshalb das Aufkommen einer "Einzelfallbilligkeitsjurisprudenz" zur Folge, die gerade den modernen Wirtschaftsverkehr schwer belasten würde.

Esser hat das Verdienst, aufgezeigt zu haben, daß die Richterrechtsschöpfung [1] nicht über das maßstabslose Rechtsgefühl des einzelnen Richters erfolgt, sondern materialen, objektiv nachprüfbaren Gesichtspunkten unterliegt, die die Tätigkeit des Richters bei der Anpassung der Gesetzesrechtsnorm an das allgemeine Rechtsbewußtsein durch Rechtsfortbildung nachprüfbar machen [2]. Seine Gedankengänge wurden vor allem in Arbeiten von Wieacker [3] und Larenz [4] aufgegriffen und fortgeführt [5]. Die genannten Autoren gehen davon aus, daß Richtertätigkeit stets Wertungen des Richters erforderlich macht [6], - selbst da, wo er nicht "integrierend" tätig wird, sondern einen Gesetzesrechtssatz ohne Abänderung in einem Streitfall anwendet. Diese Gesetzesanwendung ist nämlich keine bloß logisch-deduktive Konkretisierung eines abstrakt-generellen Rechtssatzes, da jeder Rechtssatz wegen der in ihm enthaltenen mehr oder weniger unbestimmten Begriffe zunächst der Auslegung bedarf, die sich einer nur logischen Betrachtungsweise entzieht [7].

Soll aber die Rechtsprechung nicht jede Konstanz und Folgerichtigkeit verlieren, so darf man diese Wertungen nicht dem unkontrollierbaren Gutdünken des einzelnen Richters überlassen; es muß vielmehr Bewertungsgrundlagen, Richtlinien geben, auf die sich richterliche Wertung stützen kann [8].

Esser weist in seinem Buch "Grundsatz und Norm" [9] durch rechtsvergleichende Beobachtungen nach, daß es solche Richtlinien, Kunstregeln gibt, die vom

---

1) Vgl. dazu Less, Vom Wesen und Wert d. Richterrechts S. 7 ff.
2) Grundsatz und Norm, vgl. aber schon JZ 1953, 521 ff.
3) Gesetz und Richterkunst; JZ 1961, 337 ff.; zur rechtstheoretischen Präzisierung d. § 242 BGB S. 16 ff.
4) Methodenlehre der Rechtswissenschaft.
5) Vgl. auch Engisch, Einführung, insbes. S. 189 ff.; Germann, Präjudizien als Rechtsquelle; Liver, Der Begriff der Rechtsquelle, in Festgabe Schwz. Jur. Ver. S. 1 ff. und neuestens Meyer-Ladewig AcP 161, 97 ff.
6) Larenz a.a.O. S. 147/148, 191; Wieacker JZ 1957, 704 m.N.; Esser, Grundsatz S. 53, 60 ff. u.ö.
7) Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 7; Larenz, Methodenlehre S. 147/148, 191, 275 f.; Esser, Grundsatz S. 253 ff.
8) Esser, Grundsatz S. 52, 85, 111 ff.; Wieacker, Gesetz und Richterkunst S. 9 ff. und JZ 1961, 342, 342 Anm. 10.
9) Vgl. dazu die Besprechung von Wieacker in JZ 1957, 701 ff.

Richter bei der Entscheidung zugrunde gelegt bzw. angewandt werden und die die Überprüfbarkeit der Entscheidung auf ihre Richtigkeit ermöglichen [1].

aa) Diese Regeln sind keine abstrakten Sätze, die mittels logischer Deduktion eine eindeutige Weisung im Einzelfall geben [2], sondern Prinzipien, d.h. "Auswahlgesichtspunkte rechtlichen Wertens" [3], die ein sach- und fachgerechtes, rational nachprüfbares Argumentieren [4] ermöglichen [5]. Erst durch Transformation, d.h. Gestaltgebung durch Gesetzgebung oder Rechtsprechung, erhalten sie ein derartiges Profil, daß sie für bestimmte Fälle eine - aus der Kasuistik ersichtliche - eindeutige Weisung ergeben können und dann insoweit "Recht" sind [6].

bb) Die Herkunft dieser Prinzipien läßt sich umschreiben mit "Kunstschöpfungen" des Juristenstandes [7], der mit technisch geschultem Verständnis - mit "Juristenweisheit" [8] - die im Hinblick auf eine gerechte Fallentscheidung entstehenden Probleme auffindet [9], analysiert, mit ähnlichen Fällen vergleicht und sie dann durch begriffliche Fixierung typisiert [10].

cc) Über den Charakter dieser Prinzipien läßt uns Esser nicht im

---

1) Vgl. besonders etwa S.5 ff., 20 ff., 25, 52 f., 85, 110 ff., 139, 242 ff., 253 ff., 275 ff., 302 ff.

2) Esser a.a.O. S.80 f., 100, 267; vgl. auch dazu Larenz, Methodenlehre S.130 ff.

3) Zitat aus Esser a.a.O. S.20.

4) Esser a.a.O. S.69, 85, 139 u.ö.

5) Esser unterscheidet dabei zwischen Rechtfindungsregeln = Prinzipien der juristischen Wissenschaft und materialen Rechtsprinzipien (a.a.O. S.90 ff.). Die Existenz der ersteren ermöglicht erst die Ausbildung der materialen Rechtsprinzipien, die eine bestimmte Wertung verkörpern (a.a.O. S.91; vgl. auch a.a.O. S.52 f., 69, 85, 107 ff., insbes. 111, 121, 139). Wie aber Esser an anderer Stelle zu Recht betont (a.a.O. S.107 f.), hat diese Qualifizierung in richterrechtlichen Systemen keine Bedeutung: Juristische Prinzipien können auch materialen Gehalt haben und umgekehrt materiale Wertprinzipien eine lege artis gewonnene Entscheidung ermöglichen. Beide Arten unterstützen und beschränken die Freiheit der Rechtsbildung durch den Richter.

6) Esser, a.a.O. S.94, 134, 267 f., 275 ff., 279, 293, 303; vgl. auch zum Beitrag der Dogmatik a.a.O. S.303, 307 ff.

7) Esser, a.a.O. S.25 Anm.73, 264, 288, 293; vgl. auch Wieacker JZ 1957, 706 und Gesetz und Richterkunst S.13 ff.; Larenz, Methodenlehre S.131, 191/192.

8) Diesen Ausdruck verwendet Esser a.a.O. S.293.

9) Esser, a.a.O. S.24, 47, 222, 239, insbes. 288, und in JZ 1953, 521; vgl. auch Wieacker JZ 1957, 404 m.N.

10) Letzteres ist eine Aufgabe der Dogmatik: vgl. Esser, a.a.O. S.303, 307 ff.

unklaren: "Sie sind positives Recht, so bald und soweit sie durch rechtsbildende Akte der Legislative, der Jurisprudenz oder des Rechtslebens institutionell verkörpert worden sind [1]." Das bedeutet: "positives Recht, wenn auch nicht selbständig fertige Rechtssätze sind die allgemeinen Rechtsgedanken, die rationes legis, Wertungsgrundsätze und Aufbauprinzipien eines (Rechts)systems ..., soweit sie sich in konkreten Ordnungsformen Geltung verschafft haben. Darüber hinaus sind sie .... guides .... für die rechtsbildenden Organe, wie es alle Maximen überlieferter Problemlösungen sind, welche richterliche Erfahrungen verkörpern. Auch sie können, lege artis [2] verwendet, unter die Garantien anerkannter Rechtsfindungsregeln fallen und als positive Rechtsteile geschützt sein ....[3]."

Esser ist sicher darin zuzustimmen, daß die Rechtsordnung nicht nur aus abstrakt-generellen Sätzen des gesetzten Rechts besteht, sondern daß an dessen Geltung auch die den Konkretisierungsprozeß leitenden Strukturelemente und Grundgedanken des Gesetzes teilhaben [4].

Nicht selbstverständlich ist jedoch die These Essers, daß auch die durch eine ständige Rechtsprechung in einer bestimmten, über die ratio legis hinausgehenden Richtung geformten und ausgebildeten Prinzipien ebenfalls "Recht" sind.

Esser vertritt dabei einen soziologischen Rechtsgeltungsbegriff: Rechtsschöpfung ist für ihn "soziales Handeln mit Rechtserfolg" [5], wobei es ihm, wie er ausdrücklich betont [6], nicht auf die formelle Delegation, sondern auf den "Ordnungserfolg" [7] ankommt.

Daß auch die Rechtsprechung als Institution Rechtsschöpfer ist [8], hängt mit ihrer "sachbedingten Gestaltungskraft" [9] ihrer Aufgabe, das Recht zu "ergänzen, fortzubilden und zu erneuern" [10], zusammen.

Der "soziale Ordnungserfolg" wird durch traditionell erhärtete Normbildungs-

---

1) Esser, a.a.O. Zitat S.132, vgl. auch S.94.
2) Vgl. dazu Esser, a.a.O. S.267 ff.
3) Esser, a.a.O. Zitat S. 134.
4) Vgl. Esser a.a.O. S.94.
5) Zitat aus Esser a.a.O. S.137, wobei zu beachten ist, daß Esser den Rechtschöpfungsakt abweichend von der h.L. (s.o. S.108) als "Rechtsquelle" bezeichnet (a.a.O. S.134 Anm.154,138).
6) a.a.O. S.137 Anm.160.
7) Der Ausdruck stammt von Esser a.a.O. S.137 Anm.160.
8) Esser a.a.O. S.139. 9) Zitat aus a.a.O. S.281.
10) Zitat aus a.a.O. S.139; vgl. auch a.a.O. S.263.

methoden [1] garantiert, die die Verfestigung eines Prinzips zu einer Weisung ermöglichen; diese wird dann von den Gerichten nicht kraft formeller Anordnung, nicht kraft "Justizhoheit" [2] befolgt, sondern weil sie - lege artis entwickelt - als fach- und kunstgerechte - richtige - Bewältigung einer Problematik angesehen wird [3].

Die notwendige Konstanz der Rechtsprechung wird demnach durch die "Überzeugungskraft der dogmatischen Formulierung" gewährleistet, "die die Wiederholung verbürgt" [4].

Offen bleibt bei Esser [5] der Inhalt und damit die Qualität der Prinzipien v o r ihrer Transformation durch eine ständige Rechtsprechung. Nach Esser sind sie nicht "Recht" [6], sondern bloße "guides", "starting points", Anknüpfungsmittel für eine richterliche Rechtsfortbildung.

Sind sie aber dann nicht schon verbindlich für den Richter wenigstens in dem Sinn, daß er sich bei der Lösung eines "neuen Problems" ihrer bedienen m u ß, um so argumentierend lege artis zu einer Entscheidung zu kommen? Bejaht man dies [7], so kann man ihnen auch v o r der Transformation die "Rechtsqualität" nicht absprechen, denn der Richter muß nur "Recht" seinem Urteil zugrunde legen.

Diese Zweifel vermeidet Wieacker. Für ihn sind die Prinzipien durch juristische Tradition und Erfahrung ausgebildete Maßstäbe für ein gerechtes richterliches Handeln [8]. Sie entstammen dem "Gesamtbereich anerkannter ethischer, sozialer und kultureller Konventionen" [9], welche Inhalt des allgemeinen Rechtsbewußtseins der Gemeinschaft sind und ermöglichen so eine dem allgemeinen Rechtsbewußtsein entsprechende Rechtsprechung [10]. Ihre Tauglichkeit zu diesem Zweck wird durch den Konsens der Sachverständigen, der Juristen, gewähr-

---

1) Esser a.a.O. S.52,69,85,111,139,268.
2) Esser a.a.O. S.275,281,288. 3) Esser, a.a.O. S.275,277,288 f.
4) Zitat aus Esser a.a.O. S.289.
5) So auch Larenz, Methodenlehre S.131.
6) Esser a.a.O. S.41,50 f., 132,134.
7) Daß auch Esser dieser Ansicht ist, zeigen manche Stellen in Grundsatz und Norm (vgl. etwa S.69,85).
8) Gesetz und Richterkunst S.11 ff. u. JZ 1961,342; andeutungsweise schon in: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB S.16.
9) Zitat aus Gesetz und Richterkunst S.12; vgl. auch Engisch, Einführung S.192.
10) Gesetz und Richterkunst S.15 u. JZ 1961,345.

leistet [1]. Damit ist ihre Rechtsgeltung durch ihren Sinnbezug auf die Rechtsidee und ihre Übereinstimmung mit dem allgemeinen Rechtsbewußtsein evident [2].

e) Es wäre indes voreilig, wollte man auf Grund der soeben gemachten Ausführungen annehmen, daß die Anpassung der Gesetzesordnung an das allgemeine Rechtsbewußtsein der unorganisierten Gemeinschaft schon theoretisch nur durch Richterrechtsschöpfung über das "lege artis" gebändigte Richtergewissen erreicht werden könnte.

Eine andere Art der Anpassung, der Rechtsfortbildung ist denkbar [3]: Man erklärt den Richter an die geäußerte Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft gebunden. Er hat sie als "Recht", als "Rechtssatz" im konkreten Fall zugrunde zu legen.

Die praktische Verwirklichung dieser Methode ist freilich unter dem Aspekt der Rechtssicherheit ähnlich problematisch wie die Richterrechtsbildung. Die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft müßte an Hand objektiver Maßstäbe festgestellt werden können. Nur so könnte die Tätigkeit des Richters kontrolliert werden, wenn er unter Berufung auf eine angebliche Volksüberzeugung entscheidet.

Die Rechtswissenschaft suchte dieses Problem durch die Entwicklung eines Gewohnheitsrechtsbegriffs [4] mit den bereits erwähnten tatbestandlichen [5] Voraussetzungen der Rechtsüberzeugung und länger dauernden Übung der Gemeinschaft zu lösen: In seinem Rahmen ist die Rechtsüberzeugung

---

1) Gesetz und Richterkunst S.13,14,15. Ganz ähnlich Larenz, Methodenlehre S.132,148,192 f., 256.

2) Vgl. dazu Larenz, Methodenlehre S.144.

3) Darauf weist vor allem Rümelin, Gewohnheitsrecht S.64 hin.

4) Plastischer wäre die Bezeichnung "Institut", um das "Abstrakte" des Gewohnheitsrechtsbegriffs gegenüber der "konkreten" Rechtsüberzeugung hervorzuheben. Nach einer neueren Lehre vom Rechtsinstitut wäre dies an sich möglich. Nach ihr ist das Institut "ein durch Rechtsprechung und Doktrin konkretisierter Rechtsgedanke" (Zitat Meyer-Ladewig AcP 161,97(103) mit w.N.). Das Institut des Gewohnheitsrechts wäre demnach der Rechtsgedanke, daß sich in seinem Rahmen die Rechtsüberzeugung zuverlässig feststellen läßt. Von der Verwendung wird aber hier abgesehen, da der Begriff des Instituts heute noch weitgehend i.S. der Pandektenrechtslehre (vgl. Windscheid, Pandekten I § 37a) als letzte Abstraktion aus einer Summe verwandter Rechtsregeln verstanden wird, die Verwendung also zu Mißverständnissen führen könnte.

5) S. 109.

der Gemeinschaft für den Richter verbindlich.

Die Ausbildung dieses Gewohnheitsrechtsbegriffs beruht auf der Erfahrung der Jurisprudenz, daß eine andauernde Übung ein zuverlässiger Maßstab zur Feststellung einer Rechtsüberzeugung ist[1]). Man hat nämlich festgestellt, daß schon die bloße Übung von einer bestimmten Dauer zu der Überzeugung der Übenden führen kann, die geübte Verhaltensweise sei rechtens[2]). Man kann also in aller Regel von einer länger dauernden Übung auf eine entsprechende opinio juris der Übenden schließen. Der Richter, der eine solche Übung der Gemeinschaft feststellt, kann und darf somit davon ausgehen, daß sie von dem Rechtsgeltungswillen der Gemeinschaft getragen ist. Die Voraussetzungen der Rechtsüberzeugung dient demgegenüber im Rahmen des Gewohnheitsrechtsbegriffs nur zum Ausschluß unsittlicher oder nach allgemeiner Lebenserfahrung rechtlich indifferenter[3]) Übungen, weist also den Richter darauf hin, daß ihn die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft bindet und er nicht sklavisch jeder Übung zu folgen hat.

Die Verpflichtung des Richters, dieser Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft im Rahmen der tatbestandlichen Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts Folge zu leisten - und damit die Geltung des Gewohnheitsrechts als Summe der Gewohnheitsrechtssätze[4]) - beruht darauf, daß der Richter Rechtsordnung und allgemeines Rechtsbewußtsein entsprechend den hergebrachten und erprobten Regeln der Richterkunst (wozu auch der Gewohnheitsrechtsbegriff gehört) in Übereinstimmung zu bringen hat[5]).

---

1) So schon Puchta, vgl. die Angaben auf S. 113 f.; ausführlich Windscheid, Pandekten I § 16; neuestens Larenz, Methodenlehre S. 170 und Enneccerus-Nipperdey § 39 II.

2) Vgl. Raiser, AGB S. 83; Enneccerus-Nipperdey § 39 I, 2; Savigny, System I S. 36. Die Übung hat somit eine Doppelfunktion.

3) Diese Fälle werden in der Lehre über Gebühr hervorgehoben! Rechtlich indifferente Übungen werden wohl kaum je in einem Rechtsstreit relevant werden. Das so oft zitierte Beispiel des Haarschneidens ist ein typisches Kathederbeispiel. Probleme tauchen hier überhaupt erst dann auf, wenn man mit der h. L. Übungen kleinerer Gemeinschaften mit dem Hinweis von dem Gewohnheitsrecht ausschließt, hier handele es sich um bloße Gesellschafts- oder Verkehrssitten bzw. Handelsbräuche, denen die opinio juris regelmäßig fehle. Vgl. etwa Enneccerus-Nipperdey § 41 IV; Soergel-Siebert BGB § 157 Anm. 30; w. N. bei Raiser AGB S. 83, der zu Recht auf die Doppeldeutigkeit dieser Bezeichnungen i. S. bloßen faktischen Tuns und normativen Verhaltens hinweist. Inwieweit für die Einstellung der herrschenden Lehre die etatistische, allein am Gesetz orientierte Rechtsauffassung verantwortlich ist, kann im Rahmen dieser Abhandlung nicht näher untersucht werden.

4) Denn Recht ist nur, was den Richter bindet. Vgl. oben S. 123 ff.

5) Zur Begründung dieser Bindung vgl. die Ausführungen oben auf S. 134 ff.

Aus dem Begriff des Gewohnheitsrechts hat die Rechtswissenschaft auch das Problem gelöst, ob und inwieweit für den Richter geübte Rechtsüberzeugungen kleinerer Gemeinschaften als der mit dem Staatsvolk identischer Gesamtgemeinschaft verbindlich sind: Das Gewohnheitsrecht erhielt den Rang einer selbständigen Rechtsquelle [1]. Damit sind die allgemeinen Grundsätze über Rechtskollisionen anwendbar [2]. Das bedeutet hier: vom staatlichen Recht darf der Richter nur abweichen, wenn er eine, das ganze Staatsgebiet umfassende, auf die Rechtsüberzeugung der Gesamtgemeinschaft zurückgehende Übung feststellen kann [3]. Sachlich - berufsständisch - oder örtlich beschränkte Rechtsüberzeugungen sind als Handelsbrauch, Verkehrssitte bzw. Observanz nur im Rahmen des übergeordneten staatlichen Rechts verbindlich [4].

Was die Herkunft des Gewohnheitsrechts anbelangt, so wird man demnach scharf zwischen dem Begriff des Gewohnheitsrechts und dem Gewohnheitsrechtssatz unterscheiden müssen. Nur der letztere verdankt seine Entstehung der Rechtsüberzeugung der unorganisierten Gemeinschaft, während der erstere die in juristische Begriffe umgesetzte Erfahrung der Rechtswissenschaft darstellt, daß sich in seinem Rahmen eine Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft zuverlässig feststellen läßt.

Das Gewohnheitsrecht ist also weder ein "Volksrecht" noch ein "Juristenrecht". Beide, unorganisierte Gemeinschaft wie Jurisprudenz, sind gleichermaßen beteiligt. Ja, erst die dogmatische Arbeit der Rechtswissenschaft hat die schillernde und oft mißbräuchlich zitierte Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft rechtlich verwendbar gemacht.

5 a) Im Vordergrund der heutigen wissenschaftlichen Erörterungen [5] steht nicht die Anpassung der staatlichen Rechtsordnung an das allgemeine Rechtsbewußtsein durch die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft, sondern die Rechtsfortbildung durch das Richterrecht im Sinne der Ausführungen unter 4 d).

Häufig wird sogar die Auffassung vertreten, daß die gewohnheitsrechtliche

---

1) Das ist absolut herrschende Lehre. Vgl. statt aller Windscheid, Pandekten I § 18; Enneccerus-Nipperdey § 38 III.
2) Vgl. etwa die Darstellung von Hensel in Anschütz-Thoma Bd. II § 84 S. 314.
3) Enneccerus-Nipperdey § 40 IV; Windscheid, Pandekten I § 18.
4) Anderer Ansicht Enneccerus-Nipperdey § 40 IV Anm. 8 für die sachlich beschränkten Überzeugungen, ebenso wohl Steindorff BB 1955, 1001 (1003), die dann aber wieder eine Begrenzung durch die Maxime "neminem laedere" vornehmen müssen. Vgl. Steindorff a.a.O., Enneccerus-Nipperdey § 39 II, 2 im Anschluß an Rümelin, Gewohnheitsrecht S. 45.
5) Vgl. die Literaturangaben oben auf S. 134.

Rechtsbildung eigentlich ein Relikt aus vergangenen Zeiten sei und heute keine Bedeutung mehr habe, sondern ein falsches Etikett für in Wahrheit richterrechtliche Bildungen abgebe [1].

Diese Ansicht stellt wohl in erster Linie eine Reaktion auf die Neigung der früher herrschenden [2] und auch heute noch häufig vertretenen [3] Lehre dar, Erscheinungen, die eindeutig richterrechtlicher Natur sind, unter den Begriff des Gewohnheitsrechts zu pressen. Dieses Vorgehen war dadurch bedingt gewesen, daß man dem Richter die Berechtigung absprach, Richterrecht zu bilden; die einzige "offiziell" zugelassene Rechtsfortbildungsmethode war somit der Weg über das Gewohnheitsrecht, die geübte Rechtsüberzeugung. Das von den Gerichten dennoch gebildete Richterrecht konnte deshalb nur dadurch legalisiert werden, daß man es als Gewohnheitsrecht bezeichnete: Dabei trat die sich im Gerichtsgebrauch manifestierende Rechtsüberzeugung der Gerichte an Stelle der Übung der unorganisierten Gemeinschaft [4]. Der Methodensynkretismus dieser früher herrschenden Lehre berechtigt jedoch nicht dazu, jetzt in das andere Extrem zu verfallen und zu behaupten, in Wirklichkeit erfolge die Anpassung der staatlichen Rechtsordnung an das allgemeine Rechtsbewußtsein heute allein durch Richterrecht. Eine solche Betrachtungsweise übersieht, daß beide Methoden - der Weg der Rechtsüberzeugung der Allgemeinheit und der über das Richtergewissen - nicht austauschbar sind, da der Grad der Bindung des Richters jeweils verschieden ist [5]: Liegen die Voraussetzungen des Gewohnheitsrechts vor, so hat der Richter entsprechend der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft zu entscheiden. Ein diskretionärer Spielraum wird ihm dabei, im Gegensatz zu der Rechtsfortbildung durch Richterrecht, nicht zugestanden [6]. Beim Richterrecht hingegen ist der Richter lediglich insoweit gebunden, als die Rechtsfortbildung "lege artis" zu erfolgen hat, d.h. unter Verwendung der als "Auswahlgesichtspunkte rechtlichen Wertens" [7] verstandenen Prinzipien. Für welche von mehreren möglichen Prinzipien sich der Richter entscheidet, bleibt hier letztlich seinem Rechtsgefühl überlassen.

---

1) So vor allem Esser in Grundsatz und Norm S.10 Anm.28, 24 Anm.69 und passim, gemäßigter noch in Einführung S.119; andeutungsweise auch schon Erich Jung ARSP XII, 227(246).
2) Vgl. etwa Windscheid, Pandekten I § 16.
3) Vgl. die Darstellung dieser Lehre bei Steindorff BB 1955,1001(1002 f.); noch heute Enneccerus-Nipperdey § 39 II,3.
4) Vgl. Anm.2 und 3.
5) So eindringlich Rümelin, Gewohnheitsrecht S.13 ff., 15.
6) Rümelin a.a.O.
7) Zitat aus Esser, Grundsatz und Norm S.20.

b) Die geringschätzige Beurteilung, die das Gewohnheitsrecht von den radikalen Verfechtern des Richterrechts erfährt, ist dennoch nicht gänzlich unberechtigt. Ihre Kritik richtet sich nämlich nicht gegen die Methode der Rechtsfortbildung durch die rechtsbildende Kraft der Volksüberzeugung, sondern gegen den überkommenen Begriff des Gewohnheitsrechts. Dieser Begriff vermag nämlich der veränderten sozialen Wirklichkeit nicht mehr gerecht zu werden: Einmal setzt die "gemeinschaftliche Übung" als Tatbestandsmerkmal eine homogene Gesellschaft voraus, zum anderen vermag sie sich nur innerhalb zahlenmäßig kleiner Gemeinschaften zu entwickeln. Daher kann sich Gewohnheitsrecht im Verhältnis zum staatlich gesetzten Recht nur in einer dezentralisierten Rechtsordnung behaupten.

Die Entwicklung des Gewohnheitsrechtsbegriffs erfolgte in der Epoche des deutschen kleinstaatlichen Partikularismus. Hier vermochte er seine Funktion bei der Rechtsfortbildung zu erfüllen. In modernen, zentralistischen Rechtsverfassungen wird man eine, das staatliche Recht abändernde Übung der Gesamtgemeinschaft nur noch in den seltensten Fällen feststellen können. Geübte Rechtsüberzeugungen findet man hier allenfalls innerhalb berufsständischer Gemeinschaften. Diese Rechtsüberzeugungen sind aber, wie gezeigt wurde, nur insoweit für den Richter verbindlich, als sie nicht gegen das staatliche Recht verstoßen. Für die Rechtsfortbildung haben sie demnach nur geringe Bedeutung.

c) Die Methode der Integration durch die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft wäre damit ebenfalls obsolet geworden, wenn zwingende Gründe dafür sprächen, den Gewohnheitsrechtsbegriff auf diese hergebrachte Form zu beschränken, den Richter also ausschließlich an Rechtsüberzeugungen zu binden, die in einer Übung der Gemeinschaft zu Tage treten.

Die dahingehende Haltung der herrschenden Lehre [1] ist, wie besonders deutlich die Ausführungen von Rümelin [2] zeigen, auf einer bestimmten Auffassung von der Form des "Rechts" gegründet. Für sie existiert den Richter "bindendes Recht" nur in Gestalt eines abstrakt formulierten oder wenigstens formulierbaren Satzes mit genereller Wirkung [3]. Die unorganisierte Gemeinschaft vermag einen solchen nur durch gemeinschaftliche Übung zu schaffen, die den an konkrete Ereignisse anknüpfenden Rechtsüberzeugungen generelle Geltung und damit abstrakte Formulierbarkeit verleiht. Von dieser Prämisse aus kommt man somit in der Tat zu einer "naturnotwendigen" Beschränkung des Gewohnheits-

---

1) A.A., aber methodisch verfehlt, nur Enneccerus-Nipperdey §§ 38 I, 39 II u. BGH NJW 1958, 709.

2) Gewohnheitsrecht S.41.

3) Vgl. dazu die obigen Ausführungen auf S.109.

rechts auf die geübten Rechtsüberzeugungen der Gemeinschaft.

Die These, der Rechtssatz müsse abstrakt formuliert und generell wirksam sein, ist jedoch nur historisch erklärbar. Rechtstheoretische Gründe sprechen nicht für sie 1).

Eine echte Rechtfertigung für eine derartige Beschränkung des Gewohnheitsrechtsbegriffs könnte sich lediglich aus seiner Funktion ergeben: diese besteht ja darin, dem Richter einen sicheren Maßstab an die Hand zu geben, mit dessen Hilfe er zuverlässig und nachprüfbar feststellen kann, ob eine Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft vorliegt 2). Da es eine Erfahrungstatsache ist, daß schon die bloße andauernde Übung als solche zu der Überzeugung führen kann, die Übung sei rechtens, der Richter somit in dem Vorliegen einer Übung schon ein wesentliches Indiz für die Annahme einer Rechtsüberzeugung hat, spielt gerade das Tatbestandsmerkmal der "Übung der Gemeinschaft" im Rahmen eines funktional gesehenen Gewohnheitsrechtsbegriffs eine ausschlaggebende Rolle. Ein Verzicht bzw. eine Abänderung dieses Merkmals scheint somit auf den ersten Blick ausgeschlossen.

Bei näherer Prüfung läßt sich dem jedoch folgender Gedankengang entgegenhalten: Mit der Erkenntnis der Funktion der Übung im Rahmen des Gewohnheitsrechtsbegriffs ist noch nichts über die Art der Übung ausgesagt, welche einen Rückschluß auf das Vorliegen einer Rechtsüberzeugung zuläßt. Insbesondere ist

---

1) Vgl. Larenz, Methodenlehre S.145/146, und vom anderen Ausgangspunkt aus Jesch, Gesetz und Verwaltung S.18. Dies zeigt sich auch ganz deutlich im Bereich des gesetzten Rechts an den Stichworten "Maßnahmegesetz", "Einzelfallgesetz". Davon zu unterscheiden ist die hier nicht interessierende verfassungsmäßige Problematik, vgl. dazu Maunz-Dürig, GG, Art.20 Anm.109 ff.

2) Man darf deshalb den Gewohnheitsrechtsbegriff nicht so weit inhaltlich entleeren, daß man irgend eine Manifestation einer Rechtsüberzeugung genügen läßt. So aber Enneccerus-Nipperdey, 14.A. § 39 II: "Gewohnheitsrecht ist .... das durch einen allgemeinen, normalerweise durch Übung manifestierten Rechtsgeltungswillen ... erzeugte Recht (Zitat; die Hervorhebungen im zitierten Text stammen vom Verfasser). Unter Berufung auf Nipperdey konnte deshalb der BGH die Ansicht vertreten, daß nur das Vorhandensein eines manifestierten Rechtsgeltungswillens der Gemeinschaft entscheidend sei. Damit konnte er einen Satz des Inhalts aufstellen, daß "es schon seit langem dem geoffenbarten Willen der Gemeinschaft entspreche, daß der Einzelne für ein ihm entgegen dem Gleichheitssatz im öffentlichen Interesse zugefügtes Opfer eine billige Entschädigung erhalten soll" (Zitat aus NJW 1958, 709). Damit steht es der Rechtsprechung frei, unkontrollierbare richterrechtliche Sätze aufzustellen!

nicht gesagt, daß ausschließlich die Übung, die in einem von allen Gliedern der Gemeinschaft getätigten Verhalten zum Ausdruck kommt, für den Richter einen sicheren Maßstab zur Feststellung der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft darstellt.

Das wäre nur der Fall, wenn nur die gemeinschaftliche Übung zu einer Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft führen könnte. Eine derartige Annahme erscheint jedoch wenig substantiell, wenn man nach dem Grunde fragt, weshalb ein faktisches Tun zu einer Rechtsüberzeugung führen kann. Man findet eine Erklärung für dieses Phänomen lediglich darin, daß offensichtlich in der andauernden Übung selbst ein Wert liegt, der zur Ausbildung einer Rechtsüberzeugung des Inhalts führt, daß diese Übung schutzwürdig sei. Dann aber ist die Annahme nicht gerechtfertigt, daß allein die gemeinschaftliche andauernde Übung einen derartigen Wert in sich trägt. Es könnte vielmehr auch möglich sein, daß der Wert in der andauernden Übung als solcher liegt, gleichgültig, ob es eine Übung der Allgemeinheit ist oder die Übung einer Einzelperson, die zur Kenntnis der Gemeinschaft gelangt ist, von ihr respektiert wird und so zur Bildung einer gemeinschaftlichen Rechtsüberzeugung der Art führt, daß die (ausgeübte) Position des Einzelnen von der Rechtsordnung zu schützen ist.

Würde in bestimmten Fällen die andauernde Übung eines Einzelnen regelmäßig zur Bildung einer Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft führen, so wäre sie ebenfalls wie die Übung der Gemeinschaft im Begriff des Gewohnheitsrechts im herkömmlichen Sinne ein sicherer objektiver Maßstab, die die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft für den Richter verbindlich machte und so zu einem auf der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft beruhenden gewohnheitsrechtlichen Schutz der Einzelposition führen würde.

Ob es derartige Fälle gibt, kann man verständlicherweise nicht aus dem historischen Begriff des Gewohnheitsrechts ableiten, sondern nur aus der jurisprudentiellen Entwicklung weiterer Rechtsbegriffe, wie etwa der VG, schließen. Diese hätten die gleiche Funktion wie der Gewohnheitsrechtsbegriff im historischen Sinne - müßten also in ihren tragenden Strukturelementen mit diesem übereinstimmen -, nämlich den Richter darauf hinzuweisen, daß sich in ihrem Rahmen u.a. an Hand der Voraussetzung der Übung die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft zuverlässig feststellen läßt. Es ist also jetzt zu prüfen, ob die VG ein solcher Begriff ist.

6 a) In seiner Struktur weist das Institut der VG in seinen beiden begrifflichen Ausformungen [1] "berühmte Marke" und "sklavische Nachahmung" eine

---

1) Wie ja oben auf S. 107 ff. dargelegt, beschränkt sich die Untersuchung auf die die Schranken des Gesetzes und des Richterrechts durchbrechende VG. Die

auffallende Ähnlichkeit mit dem Gewohnheitsrechtsbegriff im herkömmlichen Sinne auf: Hier wie dort wird an die länger dauernde Übung angeknüpft, in dem einen Fall an die Übung der Gemeinschaft, in dem anderen an die Übung eines Einzelnen, nämlich an die andauernde Benutzung eines Zeichens; VG wie Gewohnheitsrechtsbegriff verweisen auf die Ansicht der Bevölkerung, überlassen also die Entscheidung nicht dem Richter. In beiden Fällen kann man weiter unterscheiden zwischen dem Begriff, dem Institut, das in jurisprudentieller Kasuistik entwickelt wurde und dem konkreten Faktum, das endgültig die Entscheidung herbeiführt.

Diese strukturellen Ähnlichkeiten können aber letztlich nur Hinweise dafür sein, daß eine weitere Untersuchung in dieser Hinsicht angezeigt sein mag. Ob auch das Institut der VG funktional gesehen dem Gewohnheitsrechtsbegriff im herkömmlichen Sinne gleich steht, kann man nur durch eine Untersuchung des Charakters der konkret vorliegenden VG, die "Bekanntsein und Wertschätzung" beinhaltet, ermitteln. Diese VG müßte eine Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft des Inhalts sein, daß die bekannte Marke geschützt werden soll. Daß die Rechtsüberzeugung somit auf ein konkretes Objekt gerichtet wäre, mag für die am abstrakten Gewohnheitsrechtssatz orientierte Meinung befremdlich klingen. Dies spricht jedoch nicht gegen die Existenz einer solchen Rechtsüberzeugung, sondern gerade für sie; die Rechtsüberzeugung ist ja die aus Anlaß eines konkreten Falls entstehende Aktualisierung und Aktivierung von Werten, die von der Gemeinschaft gemeinsam empfunden werden; das Anknüpfen an konkrete Tatbestände gehört also geradezu zu ihrem Wesen.

Ob der Schutz der bekannten Marken jeweils von der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft gefordert wird, läßt sich freilich nur indiziell feststellen.

Ein solches Indiz kann man in der Tatsache sehen, daß sich der Schutz solcher Marken gegen gesetzliche und richter-rechtliche Schranken durchsetzt.

Ein anderes Indiz könnte darin bestehen, daß die bekannte Marke eventuell Werte "repräsentiert", deren Zugehörigkeit zu dem Stamm der von der Rechtsgemeinschaft gemeinsam empfundenen Werte gewährleistet ist und zwar dadurch, daß zu ihrer Berücksichtigung auf anderen Gebieten durch Gesetz oder Rechtsprechung Institute, Prinzipien ausgebildet wurden, um auf diese Weise dort eine Übereinstimmung zwischen Rechtsordnung und allgemeinem Rechtsbewußtsein zu erreichen.

Vergegenwärtigt man sich, daß eine Marke nur langsam und meist unter gros-

---

Durchbrechung erfolgt, wie gezeigt, nur in den Formen "berühmte Marke" und "sklavische Nachahmung".

sen finanziellen Anstrengungen bekannt wird, so kann man dabei zwei Werte feststellen, die zur Ausbildung einer Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft führen können: Der "Konstanzwert". Er besagt, daß der langjährige Inhaber eines Guts (hier einer Marke), das er als seinen Vermögensbestandteil betrachtet hat und betrachten durfte und auf dessen "Besitz" er sich eingerichtet hat, dieses aus Rechtsgründen nicht wieder verlieren soll. Die Zugehörigkeit dieses "Konstanzwertes" zu dem Fundus an anerkannten Werten der Rechtsgemeinschaft wird durch die Institute des Besitzes [1], der Ersitzung und der Verjährung bewiesen. Bei ihnen hat schon Savigny [2] darauf hingewiesen, daß sie "auf das Gesetz der Kontinuität menschlicher Gesinnungen, Handlungen und Zustände zurückzuführen sind".

Dieser Konstanzwert macht erklärlich, daß schon die bloße Übung als solche zu einer Rechtsüberzeugung führen kann. Sein Wirken zeigt sich unmittelbar bei den durch Kriegsereignisse "stillgelegten" Marken. Hier verhindert eine bestehende VG das Erlöschen des Zeichenrechts.

Der "Leistungswert". Eine Marke und damit ein Erzeugnis bekannt zu machen, stellt eine echte Leistung des Unternehmers dar, die nur durch erhebliche unternehmerische Investitionen in Bezug auf Reklame und Warenqualität erreicht werden kann. Die Forderung, daß das Leistungsergebnis möglichst umfassend geschützt werden müsse, hat - historisch gesehen - zur Ausbildung des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechtsschutzes geführt [3], auch einer der Gründe für die Anerkennung des Privateigentums als Rechtsinstitut ist wohl darauf zurückzuführen [4]. Der Leistungswert, der gerade den Marken zugemessen wird, zeigt sich in ihrem lückenlosen Schutz auch gegen Gesetz [5] und ständige Rechtsprechung [6].

Die Bildung einer an diesen beiden Werten anknüpfenden Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft wird durch die Ubiquität der Marke, durch ihren Charakter als ein unkörperliches Gut, das nicht an einen bestimmten Ort gebunden ist, sondern die Tendenz und Fähigkeit hat, in aller Munde zu sein, wenn auch nicht erst ermöglicht, so doch erleichtert. Man wird deshalb annehmen können, daß sich hinsichtlich des Schutzes einer konkreten Marke eine Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft bilden kann.

---

1) Deshalb wird die VG oft mit dem Besitz verglichen oder als Besitz bezeichnet so neuestens Pawlowski, Der Rechtsbesitz im Sachen- und im Materialgüterrecht, S.81, 92, 93.

2) Zitat aus System I S.36 und Anm.b.

3) Vgl. oben S.81.

4) Bischoff, Diss. S.168 m.N.

5) Vgl. oben insbes. S.93ff.

6) Vgl. oben S.83ff.

b) Die VG ist somit ein Begriff, ein Institut, das im Rechtsbildungsprozeß dieselbe Stellung innehat wie der Gewohnheitsrechtsbegriff im herkömmlichen Sinne: entwickelt durch ständige Rechtsprechung gibt sie dem Richter an, daß unter den tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eine ihn bindende Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft zuverlässig festgestellt werden kann, und regelt die Art und Weise, in der er dieser Rechtsüberzeugung mit juristischen Mitteln nachkommen soll.

aa) Die Voraussetzungen, unter denen der Richter zuverlässig und nachprüfbar die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft feststellen kann, sind auch hier eine andauernde Übung in der Form der Benutzung eines Zeichens.

Hinzu kommt das "Bekanntsein der Benutzung" bei der Bevölkerung, welches Merkmal als Verbindungsglied zwischen der Übung eines Einzelnen und der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft ja sachnotwendig ist, und ferner die Wertschätzung des Zeichens bei der Bevölkerung.

Die eigentlichen objektivierenden Elemente sind jedoch lediglich "Übung" und "Bekanntsein". Die Rechtsprechung hat, wie in dem geschichtlichen Überblick gezeigt wurde, feststellen können, daß sich an diese beiden Merkmale regelmäßig eine Rechtsüberzeugung der Bevölkerung knüpft, die sich mit der Zeit auch gegen Gesetz und ständige Rechtsprechung durchgesetzt hat. Der Grund ist eben, daß eine Marke, die sich diese Voraussetzungen "erkämpft" hat, als eine schutzwürdige Leistung angesehen wird.

Das Merkmal der Wertschätzung dient demgegenüber nur zur Ausschaltung solcher Marken, die infolge eines schlechten Rufs bekannt geworden sind; es entspricht also in etwa dem Tatbestandsmerkmal der Rechtsüberzeugung im Begriff des Gewohnheitsrechts im herkömmlichen Sinne, das dort zur Ausschaltung von "Unsitten" dient[1].

bb) Die tatbestandsmäßige Ausgestaltung des Instituts der VG bestimmt dasVerhältnis Umfang - Rechtsfolge der gemeinschaftlichen Rechtsüberzeugungen. Sie regelt also die Frage, in welchem räumlichen Umfang eine solche Rechtsüberzeugung in der Bevölkerung vorhanden sein muß, um gerade die schon festgelegte Rechtsfolge zu haben.

Da es sich bei dem Schutz der Marken im Rahmen des Instituts der VG in der Form der berühmten Marke bzw. sklavischen Nachahmung stets um eine Durchbrechung gesetzlicher oder in ständiger Rechtsprechung aufgestellter Grundsätze handelt, wird hier zu Recht auf die Ansicht der Gesamtbevölkerung abgestellt. Damit wird dem für alle außeretatistischen Rechtsbildungen geltenden Grundsatz

---

1) Vgl. dazu oben S. 136.

Rechnung getragen, daß in einer zentralistischen Rechtsverfassung nur die Rechtsüberzeugung der Gesamtgemeinschaft den Richter verpflichten kann, entgegen der zentralen Rechtsordnung - zu der auch richterliche Rechtsbildungen gehören - Schutz zu gewähren. Das bedeutet freilich nicht, daß jeder Bewohner eines Staatsgebiets an dieser Rechtsüberzeugung teilhaben muß, sondern nur, daß diese Rechtsüberzeugung weder sachlich - etwa auf eine bestimmte Berufs- oder Wirtschaftsgruppe - noch örtlich beschränkt sein darf.

cc) Liegen die Voraussetzungen vor, so hat der Richter der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft in der von dem Begriff bezeichneten Weise nachzukommen, indem er dem Inhaber des Zeichens, das die Voraussetzungen des Begriffs erfüllt - das also für schutzwürdig angesehen wird -, contra legem oder ständige Rechtsprechung ein subjektives Recht an dem Zeichen zugesteht oder dessen Umfang erweitert.

c) Man kann also auch im Bereich der VG die merkwürdige "Arbeitsteilung" zwischen Jurisprudenz und unorganisierter Rechtsgemeinschaft beobachten, die wir schon beim Gewohnheitsrecht im herkömmlichen Sinne festgestellt haben und die offenbar kennzeichnend für alle gewohnheitsrechtliche Rechtsbildung ist: Erst die begriffliche Arbeit der Jurisprudenz, hier durch eine ständige Rechtsprechung, macht die Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft justiziabel, indem sie Maßstäbe entwickelt, an Hand derer die Rechtsüberzeugung zuverlässig und nachprüfbar festgestellt werden kann und in dem sie dem "Verlangen" der unorganisierten Gemeinschaft eine juristische Zielsetzung gibt. Dies führt zur Ausgestaltung eines Begriffs, der in Tatbestand und Rechtsfolge dem Richter, der in konkreto zu entscheiden hat, "Hinweise" über den Umgang mit der Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft gibt.

Auf diese Weise übt die Jurisprudenz einen heilsamen retardierenden Einfluß auf das oft Schwankungen unterliegende Rechtsbildungsverlangen der Allgemeinheit. Nur Rechtsüberzeugungen, die den Schutz von Positionen fordern, die - gemessen an "zeitlosen" Werten - schutzwürdig sind, haben die Kraft, die Rechtsprechung zu einer derartigen Begriffsbildung zu zwingen. Hinzu kommt als "technische" Erschwerung, daß sich nicht allzu häufig objektive, zuverlässige Maßstäbe finden lassen, die eindeutig auf eine Rechtsüberzeugung der Gemeinschaft hindeuten.

Wo dies jedoch der Fall ist, imRahmen des herkömmlichen Gewohnheitsrechtsbegriffs und der VG, da handelt es sich unzweifelhaft um gewohnheitsrechtliche Rechtsbildungen. Dieser Tatbestand wird lediglich durch den zu engen, nicht sachgerechten herkömmlichen Gewohnheitsrechtsbegriff verdeckt, der nur einen Teil der Rechtsbildungen durch die unorganisierte Gemeinschaft erfassen kann.

Eine von der Funktion her orientierte Betrachtungsweise wird deshalb diesen engen Gewohnheitsrechtsbegriff aufgeben und ihn so erweitern, daß er nicht nur die Entstehung abstrakt-genereller Rechtssätze, sondern auch die Bildung subjektiver Rechte im Einzelfall zuläßt. Dies geschieht dadurch, daß man im Rahmen des Instituts der VG einen Subjektswechsel des Merkmals der "Übung" für möglich erklärt: Für den Richter verbindlich ist nicht nur die in der Übung der Rechtsgemeinschaft zum Ausdruck kommende gemeinschaftliche Rechtsüberzeugung, sondern auch die an die Benutzung eines Zeichens anknüpfende Rechtsüberzeugung der Bevölkerung, die dadurch entsteht, daß die andauernde Benutzung des Zeichens der Gemeinschaft bekannt geworden ist und von ihr als schutzwürdige Leistung des Unternehmers respektiert wird.

So ist die VG ein prägnantes Beispiel dafür, daß auch in einer modernen zentralistischen Rechtsverfassung die Integration zwischen staatlicher Rechtsordnung und allgemeinem Rechtsbewußtsein nicht nur durch Richterrecht erfolgt, sondern daß auch mancherorts das Gewohnheitsrecht am Werk ist, zwar nicht so sehr in der Ausbildung allgemeiner abstrakter Rechtssätze als vielmehr in der Verleihung subjektiver Rechte an schutzwürdige Positionen, schutzwürdig deshalb, weil sie Ausdruck einer Leistung sind.

Ob diese Beobachtung allgemein tragfähig ist, braucht hier nicht geprüft zu werden. Der Beweis sollte sich auf die VG beschränken.

Literatur

Adler, Emanuel: Der Entwurf eines deutschen Warenzeichengesetzes. ZHR 75,1 ff.

Alexander-Katz, Richard: Die rechtliche Natur des Markenrechts sowie des Rechts an Warenausstattungen. GRUR 1901,102 ff.

Alexander-Katz, Richard: Der Nachbau von Maschinen und Apparaten in wettbewerbsrechtlicher Hinsicht. BB 1957,301 ff.

Anschütz, Gerhard: Art. "Gesetz" in Bd.2 des Wörterbuchs des Deutschen Staats- und Verwaltungsrechts, begr. von Karl Frhr.v. Stengel, 2.Aufl. hrsg. von Max Fleischmann, Tübingen 1913.

Anschütz-Thoma: Handbuch des Deutschen Staatsrechts Bd.2. Tübingen 1932.

Bachof, Otto: Grundgesetz und Richtermacht. Tübingen 1959.

Baumbach-Hefermehl: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 8.Aufl., München und Berlin 1960.
zit.: Baumbach-Hefermehl WZG bzw. UWG.

Baumbach-Lauterbach: Zivilprozeßordnung. 26.Aufl., München und Berlin 1961.
zit.: Baumbach-Lauterbach ZPO.

Baur, Fritz: Lehrbuch des Sachenrechts. München und Berlin 1960.
zit.: F.Baur, Sachenrecht.

Baur, Fritz: Formzwang und Fallgerechtigkeit. BWNotZ 1960,326 ff.

Baur, Fritz: Sozialer Ausgleich durch Richterspruch. JZ 1957,193 ff.

Becher, Hans: Zur Werbefunktion der Marke. MA 1961,88 ff.

Becher, Hans: Der Schutz der berühmten Marke. GRUR 1951,489 ff.

Benjamin Georg: Schutz vor dem Erfinder. GRUR 1925,36 ff.

Benkhard, Georg: Starke und schwache Zeichen. GRUR 1952,311 ff.

Bergbohm, Karl: Jurisprudenz und Rechtsphilosophie. Bd.1. Leipzig 1892.
zit.: Bergbohm.

Bernhardt, Wolfgang: Lehrbuch des deutschen Patentrechts. München und Berlin 1957.

Beseler, Georg: Volksrecht und Juristenrecht. Leipzig 1843.

Bettermann, Karl August: Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter. Die Grundrechte, hrsg. von Bettermann-Nipperdey-Scheuner. Bd.3, 2.Halbbd. S.523 ff.

Bischoff, Hans Albrecht: Der Arbeitserfolg im Wettbewerbsrecht. Maschinenschriftliche Dissertation, Berlin 1940.
zit.: Bischoff, Diss.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Gesetz und gesetzgebende Gewalt von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zu den Höhen des staatsrechtlichen Positivismus. Berlin 1958.

Boehmer, Gustav: Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. 2.Buch, 1.Abt., Tübingen 1951.
zit.: Boehmer, Grundlagen.

Brühl, Hugo: Der Warenzeichenschutz kraft Verkehrsgeltung. Diss. Köln 1940.
zit.: Brühl, Diss.

Busse, Rudolf: Warenzeichengesetz. 3.Aufl., Berlin 1960.
zit.: Busse WZG.

Bußmann, Kurt: Freihaltebedürfnis, Schutzfähigkeit und Schutzumfang des Warenzeichens. Mitt. 1959,269 ff.

Bußmann, Kurt: Name, Firma, Marke. Berlin 1937.
zit.: Bußmann, Name.

Bußmann, Kurt: Die Marke in der Reklame. GRUR 1929,1231 ff.

Bußmann, Kurt: Die Grenzen des Zeichenschutzes. GRUR 1952,313 ff.

Bußmann-Droste: Werbung und Wettbewerb im Spiegel des Rechts. Essen 1951.
zit.: Bußmann-Droste, Werbung.

Callmann, Rudolf: Der unlautere Wettbewerb. 2.Aufl., Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
zit.: Callmann UWG.

Callmann, Rudolf: Sittenwidrige Ausbeutung fremder Arbeit. GRUR 1928, 251 ff.

Dahm, Georg: Deutsches Recht. Stuttgart und Köln 1951.
zit.: Dahm.

Darmstaedter, Friedrich: Der Begriff "Recht" in Art. 20 Abs. 3 des Grundgesetzes. NJW 1957, 769 ff.

Dernburg, Heinrich: Pandekten. Bd. 1, 7. Aufl. unter Mitwirkung von Biermann, Berlin 1902.
zit.: Dernburg, Pandekten I.

Dietze, Ernst: Zum Begriff der Verwechslungsgefahr (§ 31 WZG). GRUR 1949, 321 ff.

Dietze, Ernst: Die Grenzen des Ausstattungsschutzes. GRUR 1952, 317 ff.

Droste, Helmut: Verwirkung von Unterlassungsansprüchen im Warenzeichenrecht. GRUR 1950, 560 ff.

Droste, Helmut: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 11.11.1955. JZ 1956, 567 ff.

Dulckeit, Gerhard: Die Verdinglichung obligatorischer Rechte. Recht und Staat Bd. 158/159. Tübingen 1951.
zit.: Dulckeit.

Dunkhase, W.: Zeichenübereinstimmung und Warengleichartigkeit. MuW 1918/19, 174 ff.

Ehrlich, Eugen: Die Tatsachen des Gewohnheitsrechts. Leipzig und Wien 1907.

Eichler, Hermann: Institutionen des Sachenrechts. 1. Bd. Berlin 1954, 2. Bd. 1. Halbbd. Berlin 1957.
zit.: Eichler, Institutionen.

Elsaesser, Martin: Der Rechtsschutz berühmter Marken. Weinheim/Bergstr. 1959.
zit.: Elsaesser.

Elster, Alexander: "Verkehrsgeltung" als wettbewerblicher Besitztatbestand. GRUR 1931, 686 ff.

Elster, Alexander: Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 9. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
zit.: Elster UWG.

Engisch, Karl: Einführung in das juristische Denken, 2. Aufl., Stuttgart 1959.
zit.: Engisch, Einführung.

Esser, Josef	Einführung in die Grundbegriffe des Rechtes und des Staates. Wien 1949. zit.: Esser, Einführung.
Esser, Josef:	Interpretation und Rechtsneubildung im Familienrecht. JZ 1953,521 ff.
Esser, Josef:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Tübingen 1956. zit.: Esser, Grundsatz.
Esser, Josef:	Schuldrecht. 2.Aufl., Karlsruhe 1960.
Enneccerus-Nipperdey:	Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts. 1.Bd., 15.Aufl., Tübingen 1960. zit.: Enneccerus-Nipperdey.
Evers, Hans-Ulrich:	Zum unkritisichen Naturrechtsbewußtsein in der Rechtsprechung der Gegenwart. JZ 1961,241 ff.
Fabricius, Fritz:	Zur Dogmatik des "sonstigen Rechts" gemäß § 823 I BGB. AcP 160,273 ff.
Fabricius, Fritz:	Der Eingriff in das Recht am eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb. JuS 1961,151 ff.
Fechner, Erich:	Rechtsphilosophie. Tübingen 1956.
Fettweis, Carola:	Der örtlich beschränkte Besitzstand an einer Ausstattung. Diss. Freiburg 1940.
Fikentscher, Wolfgang:	Wettbewerb und gewerblicher Rechtsschutz. München und Berlin 1958. zit.: Fikentscher, Wettbewerb.
Finger, Christian:	Bemerkungen zum vorläufigen Entwurf eines Warenzeichengesetzes. MuW 1912/13,621 ff.
Finger, Christian:	Das Reichsgesetz zum Schutze der Warenbezeichnungen vom 12.Mai 1894. 2.Aufl., Berlin 1906; 3.Aufl., Berlin 1926. zit.: Finger, WbezG.
Forsthoff, Ernst:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts. 1.Bd., 8.Aufl., München und Berlin 1961. zit.: Forsthoff, Verwaltungsrecht.

Forsthoff, Ernst: Die Bindung an Gesetz und Recht (Art.20 Abs.3 GG). DÖV 1959,41 ff.

Friedrich, Rudolf: Verwechslung oder Verwässerung? JR 1951,314 ff.

Friedrich, Rudolf: Besonders bekannte Marken. MA 1953,316 ff.

Furler, Hans: Besitz, Verkehrsgeltung, Verwirkung im Wettbewerbsrecht. Berlin 1932.
zit.: Furler, Besitz.

Gantzel, Werner: Die Verkehrsgeltung im Wettbewerbsrecht. Diss. Bonn 1936.

Germann, Oscar-Adolf: Präjudizien als Rechtsquelle. Acta instituti Upsaliensis iuisprudentiae Comparativae II. Stockholm-Göteborg-Upsala 1960.
zit.: Germann, Präjudizien.

Gewiese, Georg: Die Ausnützung fremder Gedanken und Arbeiten und der sogenannte sklavische Nachbau im Wettbewerbsrecht. GRUR 1935,633 ff.

Gierke, Otto: Deutsches Privatrecht. Bd.1, Leipzig 1895.

Gierke, Otto: Das Deutsche Genossenschaftsrecht. Bd.2, Berlin 1873.
zit.: Genossenschaftsrecht.

Ghiron, Mario: Das internationale Warenzeichenrecht nach der Haager Konferenz. GRUR 1928,239 ff.

Godin-Hoth: Wettbewerbsrecht. Berlin 1957.
zit.: Godin-Hoth UWG.

Hagens, Alfred: Warenzeichenrecht. Berlin und Leipzig 1927.
zit.: Hagens, WbezG.

Hammann, A.: Über den sogen. sklavischen Nachbau technischer Konstruktionen. GRUR 1961,171 ff.

Hartmann: Markengestaltung und moderne Psychologie.
MA 1957,705 ff.

Hefermehl, Wolfgang: Der namensrechtliche Schutz geschäftlicher Kennzeichen. Festschrift für Alfred Hueck S.535 ff. München und Berlin 1959.
zit.: Hefermehl, Hueck-Festschrift.

Hefermehl, Wolfgang:	Grenzen des Ausstattungsschutzes. Vortrag berichtet von Droste MittBl 1957,42 ff.
Henzler, Reinhold:	Der Stil der Markenwerbung. MA 1953,506 ff.
Heydt, Ludwig:	Grenzen der Verwirkung im gewerblichen Rechtsschutz und Urheberrecht. GRUR 1951,182 ff.
Heydt, Ludwig:	Anmerkung zur Entscheidung des Beschwerdesenats des Deutschen Patentamts vom 23.6.1954. MittBl 1954,81 f.
Heydt, Ludwig:	Zum Begriff der Weltmarke. GRUR 1952,321 ff.
Hubmann, Heinrich:	Grundsätze der Interessenabwägung. AcP 155,85 ff.
Hückmann, Rudolf:	Schlagworte als Kennzeichen gewerblicher Unternehmen. Dissertation, Frankfurt 1931. zit.: Hückmann Diss.
Jhering, Rudolf:	Der Zweck im Recht. 1.Bd., 4.Aufl., Leipzig 1904.
Isay, Hermann:	§ 1 UWG und die Sondergesetze des gewerblichen Rechtsschutzes. GRUR 1928,421 ff.
Jellinek, Georg:	Allgemeine Staatslehre. 3.Aufl. bearb. von Walter Jellinek, 7.Neudruck, Bad Homburg v.d.H. 1960.
Jellinek, Walter:	Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung. Tübingen 1913.
Jesch, Dietrich:	Gesetz und Verwaltung. Tübingen 1961.
Jung, Erich:	Das sogenannte Gewohnheitsrecht als Grundlage der Rechtsquellenlehre. ARSP XXII, 227 ff.
Kastl:	Die Bedeutung des Warenzeichens in der Weltwirtschaft. GRUR 1927, 557 ff.
Kelsen, Hans:	Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, entwickelt an der Lehre vom Rechtssatze. 1.Aufl., Tübingen 1911.
Kern, Eduard:	Gerichtsverfassungsrecht. 3.Aufl., München und Berlin 1959.
Kleine, Heinz:	Zum Einwand der Verwirkung, insbesondere im Wettbewerbs- und Uhreberrecht. JZ 1951,9 ff.

Kohler, Josef: Recht des Markenschutzes. Würzburg 1884.
zit.: Kohler, Markenschutz.

Köhler, Walter: Verwechslungsgefahr im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. Berlin 1933.
zit.: Köhler, Verwechslungsgefahr.

Köhler, Walter: Unterscheidungskraft. GRUR 1950, 117 ff.

Kommentar zum Bonner Grundgesetz, bearbeitet von Wernicke, Holtkotten u.a. Hamburg ab 1955.
zit.: BK.

Koschaker, Paul: Europa und das Römische Recht. 1. Aufl. München und Berlin 1947.
zit.: Koschaker.

Kraft, Alfons: Einzelfragen zum Ausstattungsrecht. GRUR 1957, 314 ff.

Kraft, Alfons: Annäherungen und Abweichungen zweier Zeichen und ihr Einfluß auf die Verwechslungsgefahr. GRUR 1959, 118 ff.

Laband, Paul: Das Staatsrecht des Deutschen Reiches. Bd. 2, 5. Aufl., Tübingen 1911.
zit.: Laband, Staatsrecht.

Landgraf, Joseph: Erläuterungen zum Deutschen Reichsgesetz betreffend den Markenschutz. Stuttgart 1875.
zit.: Landgraf MSchG.

Lang, Helmut: Der Schutz notorisch-bekannter Marken im deutschen und internationalen Warenzeichenrecht. Maschinenschriftliche Diss., Mainz 1953.

Larenz, Karl: Methodenlehre der Rechtswissenschaft. Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
zit.: Larenz, Methodenlehre.

Larenz, Karl: Derogierende Kraft des Gerichtsgebrauchs? NJW 1951, 497 ff.

Larenz, Karl: Lehrbuch des Schuldrechts. Bd. 1, 5. Aufl., München und Berlin 1962.
zit.: Larenz, Schuldrecht.

Lehmann, Heinrich:	Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches. 12. Aufl., Berlin 1960. zit.: Lehmann.
Leitherr, Eugen:	Die Entwicklung der modernen Markenformen. MA 1955, 539 ff.
Less, Günter:	Vom Wesen und Wert des Richterrechts. Erlangen 1954.
Lindenmaier, Fritz:	Wettbewerbsunlautere Nachahmung von Gestaltung und Werbung. BB 1958, 601 f.
Lindenmaier, Fritz:	Erfindungsschutz während der patentamtslosen Zeit. GRUR 1949, 309 ff.
Lindenmaier, Fritz:	Namens- und Firmenschutz im Geschäftsverkehr. BB 1953, 629 ff.
Lisowski, Artur:	Über den Monopolcharakter des Markenartikels. MA 1951, 209 ff.
Liver, Peter:	Der Begriff der Rechtsquelle. Festgabe für den Schweizerischen Juristenverein S. 1 ff., Bern 1955. zit.: Liver.
Mangoldt-Klein	Das Bonner Grundgesetz. 1. Aufl. erl. von Hermann v. Mangoldt, Berlin und Frankfurt 1953. zit.: v. Mangoldt GG. 2. Aufl. neubearb. von Friedrich Klein, Berlin und Frankfurt ab 1957. zit.: Mangoldt-Klein GG.
Marcic, René:	Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat. Wien 1957.
Maunz, Theodor:	Deutsches Staatsrecht. 10. Aufl. 1961.
Maunz-Dürig:	Grundgesetz. München ab 1958. zit.: Maunz-Dürig GG.
Mayer, Fred:	"Marken von Rang". GRUR 1953, 277 ff.
Mayer, Otto:	Deutsches Verwaltungsrecht. Bd. 1, 2. Aufl., Leipzig 1914. zit.: Otto Mayer, Verwaltungsrecht I.
Mayer, Otto:	Die concurence déloyale. ZHR 26, 363 ff.

Mediger, Harald: Grenzen des Ausstattungsschutzes. Mitt. 1958, 81 ff.

Mediger, Harald: Gedanken zum patentamtlichen Verfahren in Zeichensachen. GRUR 1956, 303 ff.

Meves, O.: Schutz der Warenbezeichnungen nach dem Gesetz vom 12. Mai 1894. Berlin 1894.
zit.: Meves WbezG.

Meyer, Georg: Der Begriff des Gesetzes und die rechtliche Natur des Staatshaushaltsetats. GrünhutsZ 8, 1 ff.

Meyer-Ladewig, Jens: Justizstaat und Richterstaat. AzP 161, 97 ff.

Miosga, Willy: Die grauen Zonen des Zeichenrechts. MA 1960, 314 ff.

Miosga, Willy: Die in Kauf zu nehmende Verwechslungsgefahr. Mitt. 1958, 1 ff.

Miosga, Willy: Interessenabwägung im Zeichenrecht. Mitt. 1959, 288 ff.

Motive zu dem Entwurfe eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich. Bd. 1, Berlin und Leipzig 1888.
zit.: M I.

Nastelski, Karl: Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zum Firmenschutz. WuW 1956, 188 ff.

Nawiasky, Hans: Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe. 2. Aufl., Einsiedeln, Zürich, Köln 1948.
zit.: Nawiasky, Rechtslehre.

Nerreter, Paul: Sklavische Nachahmung. GRUR 1936, 290 ff.

Nerreter, Paul: Wettbewerbsrechtlicher Schutz technischer und ästhetischer Arbeitsergebnisse.
GRUR 1957, 408 ff., 525 ff.

Neumann, Friedrich-Wilhelm: Der Markenartikel als Vertriebsform. MA 1957, 274 ff.

Noelle-Neumann, Elisabeth
und
Schramm, Carl: Umfrageforschung in der Rechtspraxis. Weinheim/Bergstraße 1961.
zit.: Noelle-Neumann/Schramm, Umfrageforschung.

von der Osten, Horst: Die Verkehrsgeltung im Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht und ihre Feststellung im Prozeß. München, Köln, Berlin 1960.
zit.: von der Osten.

Osterrieth, Albert: Das Nachbauen von Maschinen. GRUR 1925, 131 ff.

Pawlowski, Hans-Martin: Der Rechtsbesitz im geltenden Sachen- und Immaterialgüterrecht. Göttingen 1961.
zit.: Pawlowski.

Pinzger, Werner: Das deutsche Warenzeichenrecht. 2. Aufl., München und Berlin 1937.
zit.: Pinzger WZG.

Plancks Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Hrsg. von Strohal u.a. Einl. vor § 1 BGB bearb. von Planck und Knocke. 1. Bd., 4. Aufl., Berlin 1913.
zit.: Planck-Knocke BGB.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Bd. 1 u. 6. Berlin 1897.
zit.: P.

Puchta, Georg Friedrich: Das Gewohnheitsrecht. Bd. 1, Erlangen 1828, Bd. 2, Erlangen 1837.
zit.: Puchta, Gewohnheitsrecht I bzw. II.

Puchta, Georg Friedrich: Pandekten. 1. Aufl., Leipzig 1838.
zit.: Puchta, Pandekten.

Radbruch, Gustav: Rechtsphilosophie. 5. Aufl., hrsg. von Erik Wolf, Stuttgart 1956.

Radbruch, Gustav: Vorschule der Rechtsphilosophie. Vandenhoeck-Reihe Bd. 80/81. 2. Aufl., Göttingen 1959.
zit.: Radbruch, Vorschule.

Radbruch, Gustav: Einführung in die Rechtswissenschaft. 9. Aufl., hrsg. von Zweigert, Stuttgart 1952.
zit.: Radbruch, Einführung.

Radbruch, Gustav: Der Relativismus in der Rechtsphilosophie. Der Mensch im Recht, ausgewählte Vorträge und Aufsätze über Grundfragen des Rechts S. 80 ff. Vandenhoeck-Reihe Bd. 51/52. Göttingen 1957.

Radbruch, Gustav: Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht. Der Mensch im Recht S.111 ff. Vandenhoeck-Reihe Bd.51/52. Göttingen 1957.

Raiser, Ludwig: Das Recht der allgemeinen Geschäftsbedingungen. Neudruck, Bad Homburg v.d.H. 1961.
zit.: Raiser AGB.

Raiser, Ludwig: Dingliche Anwartschaften. Tübingen 1961.

Raiser, Ludwig: Der Stand der Lehre vom subjektiven Recht im Deutschen Zivilrecht. JZ 1961,465 ff.

Regelsberger, Ferdinand: Pandekten. Bd.1, Leipzig 1893.

Reimer, Eduard: Normenaufstellung zur Frage der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken. GRUR 1933,454 ff.

Reimer, Eduard: Wichtige Interessenausgleichsfragen im Patent- und Warenzeichenrecht und ihre Behandlung durch die Rechtsprechung. GRUR 1931,447 ff.

Reimer, Eduard: Reichsgericht und Patentamt in Warenzeichensachen. GRUR 1932,345 ff.

Reimer, Eduard: Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. 3.Aufl., Köln und Berlin 1954.
zit.: Reimer.

Reimer, Ernst: Firmenschutz und Warengleichartigkeit. GRUR 1951,222 ff.

Ross, Alf: Theorie der Rechtsquellen. Wien und Leipzig 1929.
zit.: Ross.

Rousseau, J.J.: Contrat Social. Hrsg. von Ernest Flammarion, Paris (ohne Erscheinungsjahr).

Rümelin, Gustav: Das Gewohnheitsrecht. Iherings Jb. Bd.27, S.153 ff.

Rümelin, Max: Die bindende Kraft des Gewohnheitsrechts und ihre Begründung. Tübingen 1929.
zit.: Rümelin, Gewohnheitsrecht.

Rüffer, Joachim: Schwache Warenzeichen. GRUR 1961,213 ff.

Salinger: Das Recht an der Ausstattung. MuW 1912/1913,23 ff.

v.Savigny, Friedrich Carl: System des heutigen Römischen Rechts. Bd.1, Berlin 1840.
zit.: Savigny, System.

v.Savigny, Friedrich Carl: Über den Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft.
Thibaut und Savigny, hrsg. von Jacques Stern, Darmstadt 1959.

Schaefer, Karl: Aneignung fremder Kennzeichen von Waren mittels Anmeldung und Eintragung als gesetzlich geschütztes eigenes konkurrierendes Warenzeichen zum Zweck des Wettbewerbes. GRUR 1907,355 ff.

Scheyhing, Robert: Volksbräuche und Rechtsordnung. JZ 1959,239 ff.

Schmidt, Eberhard: Gesetz und Richter. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe, Heft 1. Karlsruhe 1952.

Schmidt-Ernsthausen: Die Ausstattung im Kampf mit dem Warenzeichen. JW 1934,1096 ff.

Schmitt, Carl: Verfassungslehre. München und Leipzig 1928.

Schramm, Carl: Grundlagenforschung auf dem Gebiete des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. Berlin und Köln 1954.
zit.: Schramm, Grundlagen.

Schramm, Carl: Zulässigkeit und Unzulässigkeit von Nachahmungen. WuW 1956,199 ff.

Schramm, Carl: Der Schutzumfang. GRUR 1950,397 ff.

Schroeter, Kurt: Die Sittenwidrigkeit bei der Benutzung fremder Arbeit und Gedanken im Wettbewerb. GRUR 1949,228 ff.

Seligsohn, Arnold und Seligsohn, Martin: Gesetz zum Schutz der Warenbezeichnungen. 3.Aufl., Berlin und Leipzig 1925.
zit.: Seligsohn WbezG.

Seligsohn, Julius: Ist die Nachbildung von Maschinen und anderen schutzfreien Gegenständen erlaubt? GRUR 1926,240 ff.

Siebert, Wolfgang: Das Namensrecht im Verhältnis zum Firmen-, Warenzeichen- und Wettbewerbsrecht. BB 1959,641 ff.

Smochewer, Fritz: Zur Frage der sklavischen Nachahmung von technischen Schöpfungen. GRUR 1929,381 ff.

Soergel-Siebert: Bürgerliches Gesetzbuch. 1.Bd., 9.Aufl., Stuttgart 1959. zit.: Soergel-Siebert BGB.

Spengler, Albrecht: Das Vorbenutzungsrecht bei Warenkennzeichnungen. GRUR 1953,160 ff.

Spengler, Albrecht: Ergänzender wettbewerblicher Leistungsschutz in den Grenzgebieten des gewerblichen Rechtsschutzes und des Urheberrechts. WuW 1955,599 ff.

Spengler, Albrecht: Grenzen des Warenzeichenmonopols. WuW 1954,260 ff.

Spengler, Albrecht: Schranken des Ausstattungsschutzes durch Verkehrsgeltung. MA 1953,385 ff.

Spengler, Albrecht: Formalrecht und Verkehrsrecht bei den gewerblichen Kennzeichnungsrechten. AWR 1937,185 ff.

Staudingers Kommentar zumBürgerlichen Gesetzbuch. Bd.6, erl. von Kuhlenbeck, 3/4. Aufl., München 1903.
zit.: Staudinger-Kuhlenbeck EGBGB.

Steindorff, Ernst: Das Verbot der Preisbindung für Markenartikel nach geltendem Recht. BB 1955,1001 ff.

Stobbe, Otto: Handbuch des Deutschen Privatrechts. Bd.1, 3.Aufl., Berlin 1893.
zit.: Stobbe, Deutsches Privatrecht I.

Storkebaum, Rupprecht: Schutzminderung des eingetragenen Warenzeichens durch wissenschaftlichen Gebrauch. NJW 1952,643 ff.

Tetzner, Heinrich: Kommentar zum Warenzeichengesetz. Heidelberg 1958. zit.: Tetzner WZG.

Tetzner, Heinrich: Kommentar zum Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. 2.Aufl., Köln 1957.
zit.: Tetzner UWG.

Tetzner, Heinrich: Zur Frage der wettbewerbsrechtlichen Verteidigung ungeschützter Arbeitsergebnisse. SJZ 1950,179 ff.

Thon, August: Rechtsnorm und subjektives Recht. Weimar 1878.

Titze, Ernst: Besitzstand und Verwirkung im Warenzeichenrecht. Diss. Frankfurt a.M. 1934.

Troller, Alois:	Immaterialgüterrecht. Bd.1, Basel und Stuttgart 1959.
Troller, Alois:	la marque de haute renommée. Prop.Ind.1953,73 ff.
Ulmer, Eugen:	Warenzeichen und unlauterer Wettbewerb in ihrer Fortbildung durch die Rechtsprechung. Berlin 1929. zit.: Ulmer, Wz.u.unl.Wb.
Ulmer, Eugen:	Aus dem Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. GRUR 1951,355 ff.
Ulmer, Eugen:	Verkehrsgeltung und Besitzstand im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht. ZHR 114,43 ff.
Ulmer, Eugen:	Urheber- und Verlagsrecht. 2.Aufl., Berlin, Göttingen, Heidelberg 1960.
Utescher:	Die patentamtliche Rechtsprechung in Warenzeichensachen. GRUR 1930,358 ff.
Veracius, Justus:	Illoyale Konkurrenz und Markenschutz. GRUR 1898, 237 ff.
Wackernagel, Jacob:	Beiträge zur Lehre über die Feststellung des Gewohnheitsrechts. Festschrift für Karl Haff, S.360 ff., Innsbruck 1950.
Wassermann, Martin:	Meilensteine im Markenrecht. Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben Bd.4, S.143 ff., Berlin und Leipzig 1929.
Wassermann, Martin:	Unlauterer Wettbewerb unter dem Schutz des Markenrechts. GRUR 1904,63 ff.
Wassermann, Martin:	Der Entwurf eines Warenzeichengesetzes. JW 1913, 842 ff.
Weischedel, Wilhelm:	Recht und Ethik. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 19. 2.Aufl., Karlsruhe 1959.
Welzel, Hans:	Naturrecht und materiale Gerechtigkeit. 3.Aufl., Göttingen 1960.
Wertheimer, Ludwig:	Der Schutz der Telegrammadresse. GRUR 1907,348 ff.
Westermann, Harry:	Sachenrecht. 4.Aufl., Karlsruhe 1960.

Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung. Göttingen 1952
zit.: Wieacker, Privatrechtsgeschichte.

Wieacker, Franz: Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB. Recht und Staat Bd.193/194, Tübingen 1956.

Wieacker, Franz: Gesetzesrecht und richterliche Kunstregel. JZ 1957,701 ff.

Wieacker, Franz: Gesetz und Richterkunst. Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe Heft 34, Karlsruhe 1958.

Wieacker, Franz: Rechtsprechung und Sittengesetz. JZ 1961,337 ff.

Windscheid, Bernhard: Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd.1, 7.Aufl., Frankfurt a.M. 1891.
zit.: Windscheid, Pandekten I.

Wolf, Erik: Große Rechtsdenker der deutschen Geistesgeschichte. 3.Aufl., Tübingen 1951.
zit.: Erik Wolf, Rechtsdenker.

Wolff, Hans J.: Verwaltungsrecht Bd.1, 4.Aufl., München und Berlin 1961.

Wolff-Raiser: Sachenrecht. 10.Aufl., Tübingen 1957.
zit.: Wolff-Raiser.

Wuesthoff, Franz: Was sind eintragbare Warenzeichen? GRUR 1955,7 ff.

Zitelmann, Ernst: Gewohnheitsrecht und Irrtum. AcP 66,323 ff.

Lebenslauf

Am 12. September 1937 wurde ich als Sohn des damaligen Gerichtsassessors und jetzigen Universitätsprofessors Dr. Fritz Baur und seiner Ehefrau Hildegard, geb. Mallebrein, in Tübingen geboren. Ab 1945 besuchte ich dort die Volksschule und anschließend das humanistische Uhland-Gymnasium, an dem ich am 29. Februar 1956 die Reifeprüfung bestand. Vom Sommersemester 1956 bis Wintersemester 1959/60 studierte ich die Rechtswissenschaften, und zwar die ersten drei Semester in Tübingen, das vierte in München, das fünfte in Göttingen und die letzten drei wieder in Tübingen. Am 20. Juni 1960 bestand ich vor der Prüfungskommission des Landesjustizprüfungsamtes von Baden-Württemberg in Tübingen die erste juristische Staatsprüfung. Seit 1. Juli 1960 bin ich Gerichtsreferendar im Dienste des Landes Baden-Württemberg. Seit Oktober 1962 bin ich als Gastreferendar an das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg abgeordnet. Seit diesem Zeitpunkt bin ich wissenschaftlicher Assistent an dem Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Privatrecht in Hamburg.

Ich bin deutscher Staatsangehöriger.